١١٤ ٤٥٩٠

الخامس(١): الولد يعلق حرا ثابت النسب ، لأن (الوطء) (٢) وقع لشبهة الملك (فصار) (٣) كما لو اشترى جاريه (ووطئها) (٤) (وأحبلها) (٥) ثم خرجت مستحقه الولد يكون (حرا) (٦) ثابت النسب ، لاعتقاده أنه يطأ في ملكه(٧). (فأما)(٨) قيمة الولد (هل)(٩) تجب عليه أم لا؟

نظرنا. فإن كان عالما بفساد العقد فعليه قيمة الولد ، لتوفيت رقه على الغير، وإن كان جاهلا بحكم العقد واعتقد أنها ملكه فلا يغرم قيمة الولد ، لأنه لو اشترى جارية وأحلبها فولدت ثم خرجت مستحقة يعزم قيمة الولد ويرجع على البائع بسبب جهله. وها هنا لو وجب الضمان لوجب (للبائع)(١٠) (فلا)(١١) يمكننا أن نوجب القيمة للبائع ثم نثبت له الرجوع عليه(١٢).

---

(١) أي الفرع الخامس .

(٢) ما بين القوسين في الأصل " الموطي " وفي ب " الوطى " وهو خطأ فيهما ، والصحيح ما أثبت بالصلب .

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وصار " .

(٤) ما بين القوسين في ب " فوطئها " .

(٥) ما بين القوسين في ب " وأعتقها " .

(٦) ما بين القوسين سقط من ب .

(٧) انظر : الحاوي ٣١٨/٥ ، فتح العزيز ١٢٣/٤ ، المجموع ٤٥٧/٩ ، أسنى المطالب ٣٧/٢.

(٨) ما بين القوسين في ب " وأما " .

(٩) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " على البائع " والصحيح ما أثبت من ب ، لأن السياق لا يستقيم إلا بذلك .

(١١) ما بين القوسين في ب " ولا " .

(١٢) انظر: أسنى المطالب ٣٧/٢ وجاء فيه : " والولد حيث لاحد حر نسيب، للشبهة... وعليه قيمته لتفويته رقه على مالكه. نعم إن كان البائع عالما بالفساد فهو غار ، فلا يعزم له المشتري القيمة، لأنه لو غرمها له لرجع بها عليه، لكونه غارا، ذكره ابن الرفعة وغيره". ولكن بما تعتبر قيمته إن وجبت عليه ؟ تعتبر قيمته يوم الولادة ، لأنه أول إمكان تقويمه . ويلزمه قيمته إن خرج حيا لا إن خرج ميتا **بغير جناية**، ولا يرجع بها إذا غرمها على البائع ، بخلاف ما لو اشترى جارية فاستولدها فخرجت مستحقة فإنه يرجع بقيمة الولد على البائع، لأنه غره . **وإن سقط بجناية** وجبت الغرة على عاقلة الجاني للمشتري ، وعليه للمالك الأقل من قيمته يوم الولادة، ومن الغرة ، وللمالك مطالبة من شاء من الجاني والمشتري ، لأن ضمان الجاني له قام مقام خروجه حيا . **فإن كانت الغرة أقل** أخذها البائع ، ولا شئ له غيرها ، **وإن كانت أكثر** أخذ قدر القيمة، وكانت البقية لورثة الجنين . انظر : الحاوي ٣١٨/٥ ، فتح العزيز ١٢٣/٤-١٢٤ ، روضة الطالبين ٤٠٩/٣-٤١٠ ، المجموع ٤٥٨/٩ ، أسنى المطالب ٣٧/٢ ، الغرر البهية ٤٣٥/٢.

وهل إذا استولدها المشتري تصير أم ولد ؟ **لا خلاف** في أنه لا تصير الجارية أم ولد للواطئ في الحال ، لأنه لا يملكها . فإن ملكها بعد ذلك ففي مصيرها أم ولد **القولان المشهوران** فيمن أولد جارية غيره بشبهة ثم ملكها. **أصحهما** : لا تصير ، **وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري** . انظر : المجموع ٤٥٨/٩، أسنى المطالب ٣٧/٢ .

هذا ، ومما ينبغي أن يعلم أنه إن نقصت الجارية بالحمل أو الولادة لزمه أرشه ، لضمان يده، ولحدوث ذلك عن فعله .

ولو رد الجارية إلى البائع فولدت عنده وماتت في الطلق وجبت قيمتها **بلا خلاف**.

وهل تكون في مال الجاني أم على عاقلته ؟ **فيه القولان المشهوران** في أن العاقلة هل تحمل قيمة العبد ؟ **أصحهما** : تحملها .انظر : الحاوى ٣١٨/٥ ، فتح العزيز ١٢٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٠٩/٣-٤١٠ ، المجموع ٤٥٨/٩ .

١١٤ ٤٥٩١

وهذا على (مقتضى) [١] قولنا (في المهر بأنه) [٢] لا يجب ، لأنه (حصل)[٣] مسلطا على الوطء بالتسليم .

السادس[٤] : إذا باع ملكه بيعا فاسدا وقبض الثمن وسلم المبيع ثم أراد البائع أن (يسترد) [٥] المبيع فهل للمشتري أن يحبس المبيع حتى يسترد ما سلم من الثمن أم لا ؟ **ظاهر ما حكي عن الشافعي** أن له أن يحبس المبيع عنه[٦].

وحكى عن أبي العباس أنه قال : ليس له أن يحبس[٧] .

وجه قول أبي العباس : أنه مقبوض بعقد فاسد ، فلا يجوز حبسه كالرهن الفاسد. **وعكسه** إذا أخذ قيمة (العبد الآبق من الغاصب ثم عاد العبد إليه له أن يمسك البدل إلى أن يرد) [٨] (العبد) [٩] لأن قبض البدل قبض صحيح .

ووجه قول الشافعي : أنه سلم الثمن (بإزائه)، [١٠] فإذا (سلم) [١١] له (البدل)[١٢] جاز له الحبس ، كما لو تبايعا بيعاً صحيحاً ثم تفاسخا .

---

(١) ما بين القوسين سقط من ب .

(٢) ما بين القوسين في ب " أن المهر " .

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يحصل "

(٤) أي الفرع السادس .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "يشترى " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب، لأنه مقتضى السياق .

(٦) **وهو قول غريب نقله القاضي حسين عن نص الشافعي رضى الله عنه . وحكى القاضي ابن كج مثله وجها عن الإصطخرى ، وهو شاذ ضعيف – كما قال النووي.** انظر : فتح العزيز ١٢٣/٤ ، المجموع ٤٥٥/٩ ، روضة الطالبين ٤٠٨/٣.

(٧) **وهو المذهب ، وبه قطع جمهور الأصحاب . وعبر عنه الرافعي بالظاهر . قال النووي : " ولا يجوز حبسه لاسترداد الثمن ، ولا يقدم به على الغرماء ، هذا هو المذهب ، وبه قطع جمهور الأصحاب ، وفيه قول غريب ووجه للإصطخرى أن له حبسه أو يقدم به على الغرماء ، وهو شاذ ضعيف ".** المجموع ٤٥٥/٩ . وانظر أيضاً : فتح العزيز ١٢٣/٤ ، روضة المطالبين ٤٠٨/٣ ، أسنى المطالب ٣٦/٢ ، مغني المحتاج ٣٩٦/٢ وجاء فيه " وليس له حبسه لاسترداد الثمن ولا يتقدم به على الغرماء كالرهن الفاسد " ، الغرر البهية ٤٣٥/٢ ، حاشية الشيخ الشربيني على الغرر ٤٣٥/٢ ، إخلاص الناوى ٤٥/٢.

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " القبض " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب.

(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "بازاه" والصحيح ما أثبته من ب . والإزاء هو المحاذاة والمقابلة . يقال : آزاه : قابله ، والإزاء أيضاً: سبب العيش ، وقيل: هو ما سُبِّب من رغده وفضله. وإنه لإزاء مال إذا كان يحسن رعْيَته ويقوم عليه. انظر : لسان العرب ١٣٧/١ ، المعجم الوجيز ص ١٦ .

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الاصل " لم يسلم " .

(١٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

ويفارق الرهن، (لأنه) [١] ليس بعوض ولكنه وثيقة[٢] . وهكذا الحكم في الإجارة الفاسدة.

السابع[٣]: لو قال: اسقني الماء فناوله الكوز [٤] فوقع من يده وانكسر (قبل) [٥] أن يشرب الماء. فإن كان قد طلب (منه) [٦] أن يسقيه بلا عوض فالماء غير مضمون عليه ، لأنه حصل في يده بحكم الإباحة ، والكوز مضمون عليه، لأنه عارية في يده[٧].

(فأما) [٨] إذا شرط له عوضا ، أو أطلق والإطلاق[٩] يقتضي (بدلا) [١٠]

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "فإنه" .

(٢) **وعلى قولنا بالمذهب** : إنه لا يجوز للمشتري حبس المبيع حتى يسترد الثمن ، فالبائع كذلك لا يجوز له حبس الثمن لاسترداد المبيع ، لأن كلا منهما سلم باختياره. وهذا يخالف الحبس للعين المغصوبة ، فإن الغاصب إذا غرم القيمة للحيلولة كان له بعد ذلك حبس العين المغصوبة حتى ترد إليه القيمة . انظر : حاشية الشربيني ٤٣٥/٢ ، حاشية ابن قاسم العبادي ٤٣٥/٢.

هذا ، ويستثني من عدم جواز الحبس ما إذا كان ممن يتصرف بالمصلحة كالوكيل وخشى فوات الثمن فله الحبس للاسترداد ، كما قالوه في البيع الصحيح ، لا سيما إذا جهل فساد البيع. وكذلك له الحبس لو كان تصرفه مبنيا على الاحتياط ، كما إذا باع الولي للطفل فاسدا وأقبض الثمن فله الحبس لاسترداده ، لبناء تصرفه على المصلحة.

انظر: حاشية الشربيني ٤٣٥/٢ ، حاشية أبي العباسي الرملي الكبير على أسنى المطالب ٣٦/٢.

(٣) أي الفرع السابع.

(٤) الكوز : إناء بعروة يشرب به الماء . والكوز من الذرة : ثمرها . والجمع : كيزان . انظر : المعجم الوجيز ص ٥٤٥ .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " قد " .

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٧) انظر : أسنى المطالب ٣٢٧/٢ ، مغني المحتاج ٣١٨/٣ وجاء فيه : " فإن سقاه مجانا فانكسر الكوز ضمنه ، لأنه أخذه بإعارة فاسدة ، دون الماء لأنه أخذه بهبة فاسدة"

(٨) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(٩) الإطلاق في اللغة : مأخوذ من طلق طلوقة وطلاقة : تحرر من قيده ونحوه ، وأطلق الشيء : حله وحرره ، والمطلق : ما لا يقيد بقيد أو شرط . والمطلق من الأحكام : ما لا يقع فيه استثناء . انظر : المصباح المنير ص ١٤٣. المعجم الوجيز ص ٣٩٣-٣٩٤.

والمطلق في اصطلاح الأصوليين : هو ما دل على شائع في جنسه. إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٥.

وقيل هو : ما دل على الماهية بلا قيد من حيث هى هى من غير أن تكون له دلالة على شئ من قيوده . المرجع السابق .

(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "البدل" .

٤٥٩٣ ع ٢/٢

لجريان العرف (به) [١] (فالماء) [٢] مضمون (عليه) [٣] لكونه مأخوذا على شرط العوض ،والكوز غير مضمون ، لأنه بذل العوض في مقابلة الماء وشربه من الكوز ، فيكون الكوز في يده بحكم إجارة فاسدة ، والمأخوذ على سبيل الإجارة الفاسدة لا يكون مضموناً [٤].

(وأما) [٥] إن انكسر الكوز بعد الشرب منه فإن لم يكن قد شرط العوض فالكوز مضمون ، والماء غير مضمون، (وصار) [٦] كما لو استعار الشيء مدة، (وانقضت) [٧] المدة (وهلك) [٨] الشيء في يده قبل أن (يرده) [٩] ،

وإن كان بشرط العوض فليس عليه ضمان بقية الماء [١٠]، لأن المأخوذ على سبيل العوض القدر الذي شربه دون الباقي ، فيكون الباقي أمانة .

وعلى هذا لو أخذ مال الغير ليشتري نصفه فهلك عنده فالنصف الآخر لا يكون مضموناً ، لأنه لم يقبضه بشرط الضمان[١١].

---

(١) ما بين القوسين سقط من ب .

(٢) ما بين القوسين في ب "الماء" .

(٣) ما بين القوسين سقط من ب .

(٤) انظر : أسنى المطالب ٣٢٦/٢ ـ٣٢٧ ، مغني المحتاج ٣١٨/٢ وجاء فيه " ...أعطى سقاء شيئا ليشرب فأعطاه كوزا فانكسر في يده ، فإنه يضمن الماء ، لأنه أخذه بشراء فاسد ، دون الكوز ، لأنه أخذه بإجارة فاسدة" ، حاشية الجمل ٤٥٧/٣.

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فأما ".

(٦) ما بين القوسين في ب " فصار " .

(٧) ما بين القوسين في ب " فانقضت " .

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ.

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "يرد".

(١٠) ولا ضمان الكوز أيضا. نقله الشيخ سليمان الجمل عن المصنف .
انظر : حاشية الجمل ٤٥٨/٣.

(١١) انظر : أسنى المطالب ٣٢٦/٢ ، حاشية الجمل ٤٥٨/٣ ، مغني المحتاج ٣١٨/٢ .
هذا ، وقد بقي أن أشير : أنه لو حذف العاقدان المفسد للعقد ولو في مجلس الخيار لم ينقلب صحيحا، إذ لا عبرة بالفاسد . بخلاف ما إذا ألحقا شرطا فاسدا أو صحيحا في مجلس الخيار ، فإنه يلحق العقد ، لأن مجلس العقد كنفس العقد.
انظر : مغني المحتاج ٣٩٦/٢ ، أسنى المطالب ٣٧/٢.

١٢ ٤٥٩٤

الفصل الخامس
في كيفية القبض

وفيه ثلاث (عشرة)[١] مسألة.

إحداها : أن يشتري شيئاً وهو في يد المشتري قبل (الشراء) [٢] ، فإن كان في يده (بجهة) [٣] ضمان من غصب أو عارية أو سوم فكما اشترى صار قابضاً ، لأن البيع جهة ضمان ، والمال في يده مضمون ، فيسقط حكم ضمان القيمة ، (ويتقرر) [٤] ضمان الثمن[٥].

وإن كان في يده بجهة أمانة من وديعة أو وكالة[٦] أو شركة **فلا خلاف** أنه لا يحتاج إلى إذن في القبض[٧] ، لأن ملكه قد زال بالبيع ، وحق الحبس فليس بثابت له ، لأنه لما باع منه مع كون المال في يده فقد رضى بدوام يده[٨].

وهل يعتبر مضى زمان يتأتى فيه القبض ؟ وذلك (بأن)[٩] يكون المبيع غير حاضر في الموضع ويحتاج إلى زمان حتى يصل إليه. فمضى ذلك القدر من الزمان هل يعتبر أم لا ؟ **فيه وجهان. أحدهما:** لابد منه ، لأن الأمانة(لا)[١٠]

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " عشر " .
(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الشري " .
(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " جهة " .
(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ويقرر " .
(٥) انظر : المجموع ٣٤٠/٩ ، مغنى المحتاج ٤٦٨/٢.
(٦) الوكالة في اللغة : بفتح الواو وكسرها ، والفتح أشهر ، وتطلق ويراد بها عدة معان، منها : الاعتماد ، لأن التوكيل هو إظهار العجز في الأمر والاعتماد على الغير ، والكفالة ومنه قولة تعالى: **" وقالوا حسبانا الله ونعم الوكيل "** من الآية ١٧٣ من سورة آل عمران . والوكيل من أسمائه سبحانه وتعالى ، وهو المقيم الكفيل بأرزاق العباد ، كما تطلق ويراد بها القيام بأمر الغير ، كما تطلق على التفويض أيضا. انظر : القاموس المحيط ٦٧/٤ ، الزاهر ص ٣٣٢ ، المصباح المنير ص ٢٥٧ ، المعجم الوجيز ص ٦٨٠ .
والوكالة في الاصطلاح : تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته. مغني المحتاج ٢٣١/٣، أسنى المطالب ٢٦٠/٢، غاية البيان ص ٣٠٧.

حسبنا

(٧) ويصير بمجرد البيع مقبوضاً . انظر : المجموع ٣٤٠/٩.
(٨) انظر : المجموع ٣٤٠/٩ ، مغني المحتاج ٤٦٨/٢ وجاء فيه :" ولو كان المبيع تحت يد المشتري أمانة أو مضموناً وهو حاضر ولم يكن للبائع حق الحبس صار مقبوضاً بنفس العقد ، بخلاف ما إذا كان له حق الحبس فإنه لابد من إذنه...".
(٩) ما بين القوسين سقط من ب وفي الأصل "أن" .
(١٠) ما بين القوسين سقط من ب .

تنقلب (مضمونة بنفسها)،[١] فلا(بد من)[٢] قرينة تقترن بالعقد حتى (تتحول)[٣] الأمانة (مضمونة) [٤]. **(والثاني)** [٥] : لا يعتبر ، بل تنقلب في (الحال)[٦] يدُ الأمانة يد ملك ، كما تنقلب اليد المقتضية لضمان القيمة يد ضمان الثمن. [٧]

فإذا قلنا:مضى زمان إمكان القبض معتبر فهل يعتبر النقل أم لا؟ **فيه وجهان**.

أحدهما: يعتبر ، لأن القبض في المنقول بالفعل **على ظاهر المذهب**.[٨]

والثاني: لا يعتبر،لأن المقصود من النقل حصول المال في يده،(وهاهنا المال في يده).[٩]

ولأصحابنا طريقة في أصل المسألة:[١٠] أن من اشترى شيئا وهو في يده فقبل أن يسلم الثمن ليس للمشتري أن ينقله إلا بإذن البائع ، ولو نقله صار قابضا بحكم العقد حتى لا يسقط الثمن (بهلاك المبيع)،[١١] ولكن لا يتصرف فيه حتى يأذن ، كما لو اغتصب (المبيع) [١٢] (من) [١٣] يد البائع[١٤].

---

(١) ما بين القوسين في ب " بنفسها مضمونة" .
(٢) ما بين القوسين سقط من ب .
(٣) ما بين القوسين في ب " تصير " .
(٤) ما بين القوسين في ب " مضمون " .
(٥) ما بين القوسين سقط من ب.
(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الوقت " .
(٥) انظر في هذين الوجهين: المجموع ٣٤٠/٩ ، مع العلم بأن الإمام النووي قد سوى بين هذين الوجهين .
(٨) وسيأتي تفصيل القول فيما إذا كان المبيع مما ينقل فيما يعتبر قبضه؟ **والمذهب والمشهور** أنه لا تكفي التخلية ، بل يشترط النقل والتحويل. انظر : المخطوط ورقة ١٦/أ ، المجموع ٣٣٤/٩ ، أسنى المطالب ٨٦/٢.
(٩) ما بين القوسين سقط من ب .
(١٠) **وعبر النووي عن هذه الطريقة بقوله نقلا عن المتولي : " ولنا وجه ضعيف** ، أن من اشترى شيئا في يده لا يصح قبضه إياه قبل أداء الثمن إلا بإذن البائع". المجموع ٣٤٠/٩.
(١١) ما بين القوسين في ب " بهلاكه" .
(١٢) ما بين القوسين سقط من ب .
(١٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " في " .
(١٤) وكان الثمن حالا ولم يكن قد دفعه إلى البائع حصل في ضمانه ، حتى لو تلف لا يسقط الثمن ، ولو حدث به عيب لا يجوز الرد به ، إلا أنه لا يملك التصرف فيه.
أما لو كان الثمن قد سلم للبائع أو كان مؤجلا ، أو أذن له البائع بالنقل ، صح قبض المشتري ، وجاز له التصرف في المبيع على أي وجه . انظر : المخطوط ورقة ١٠ / ب ، فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، المجموع ٣٢٧/٩ ، شرح منهج الطلاب ١٧٣/٣ ، إخلاص الناوى ٨٩/٢ .

فرع: إذا باع الرهن من المرتهن بالدين فهاهنا الإذن بالقبض ليس بشرط **بلا خلاف**(١) ، والحكم في اعتبار مضى الزمان(٢) والنقل على ما (ذكرناه)(٣)(٤).
الثانية(٥) : إذا كان المبيع عقارا فالقبض فيه بالتخلية(٦) بين (المبيع) (٧) والمشتري(٨)، لأن ذلك نهاية ما يتصور في جنسه، وأيضا فإن القبض في الشرع ورد مطلقا فالرجوع فيه إلى العرف، وفي العادة تعد التخلية بالعقار قبضا.

---

(١) انظر : المجموع ٣٤٠/٩.
(٢) إذا كان المبيع غائبا عن مجلس العقد. **فيه وجهان . أحدهما** : لابد من مضى زمان يتأتي فيه القبض . **والثاني** : لا يعتبر ذلك . انظر : المخطوط المسألة السابقة ، المجموع ٣٤٠/٩.
(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ذكرنا " .
(٤) **وفيه أيضا وجهان .أحدهما** : يشترط النقل ، لأن القبض في المنقول بالفعل **على ظاهر المذهب . والثاني** : لا يشترط النقل ، لأن المقصود من النقل حصول المال في يده، وهاهنا المال تحت يده. انظر : المرجعين السابقين.
(٥) أي المسألة الثانية . **وهذه المسألة هي بداية حقيقة القبض .**
وقبل الشروع في تفصيلها لابد من القول الجملي في حقيقة القبض .
وهو : أن الرجوع في حقيقته إلى العرف فيه ، لعدم ما يضبطه شرعا أو لغة كالإحياء في الموات والإحراز في السرقة .
وإذا كان كذلك فالقبض يختلف بحسب اختلاف المبيع. وهو **ثلاثة أقسام** .
أحدها: العقار والثمر على الشجرة.
والثاني : ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب ونحوهما.
والثالث : ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والثوب ونحوها.
هذا ، وقد شرع المصنف هنا في أحكام القسم الأول . وباقي الأقسام سيأتي تفصيلها في حينه.
(٦) أي تركه بلفظ يدل على التخلية ، كخليت بينك وبينه ، أو ما يقوم مقاومه.
وليعلم أن اشتراط التخلية محله إذا كان للبائع حق الحبس ، وإلا فللمشتري الاستقلال بقبضه – كما مر ذكره في المسألة الثانية عشرة من الفصل الثاني من هذا الباب.
وانظر في ذلك أيضا : حاشية الجمل ١٦٨/٣ ، حاشية الشبراملسي ٩٣/٤ ، مغني المحتاج ٤٦٦/٢ .
(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " البائع " .
(٨) **قال الماوردي في ذلك** : " فإن كان غير منقول كالعقار والأرضين فقبض ذلك بتخلية البائع وتمكين المشتري ، وتخلية البائع ترفع يده وتصرفه ، فإن وجدت التخلية من البائع ولم يوجد التمكين من المشتري لم يتم القبض ، وإن وجد التمكين من المشتري ولم توجد التخلية من البائع فتمكين المشتري غير كامل ، والقبض غير تام. فلو باعه الأرض مزارعة فتمام القبض يكون بالزرع مع التخلية والتمكين" الحاوى ٢٢٦/٥ – ٢٢٧ ، وانظر أيضا : فتح العزيز ٣٠٥/٤ ، روضة الطالبين ٥١٥/٣، نهاية المحتاج ٩٣/٤ ، الغرر البهية ٣/٣ ، مغني المحتاج ٤٦٦/٢-٤٦٧.

فإذا ثبت أن التخلية قبض ، فإن حضرا ذلك الموضع وقال البائع للمشتري : خليت بينك وبين هذه البقعة (فقد) [١] حصل قابضا **بلا خلاف**[٢].

(**وأما** إذا)[٣] لم يحضرا ولكن قال البائع للمشتري: (قد) [٤] خليت بينك وبين العقار وجاء المشتري إلى الموضع وشاهده ولم يكن هناك مانع ولا منازع صار قابضا[٥].

وأما إذا تسلم بالقول ولم يحضر الموضع فقبل أن يمضي زمان إمكان الحضور لا يجعل قابضا[٦] ، لأن القبض طريقه الفعل ، (فلا)[٧] يحصل (قابضا)[٨] بمجرد القول .

وإذا مضى زمان إمكان الحضور هل يجعل قابضا أم لا؟ **في المسألة وجهان.**

أحدهما: لا يجعل قابضا ، لأنه لم ينضم إلى القول قرينة.

والثاني: يجعل قابضا حكما ، لأن البائع فعل نهاية ما قدر عليه ، والتقصير (من)[٩] جهته ، فلو لم (يجعل)[١٠] قابضا حكما أدي إلى الإضرار بالبائع من حيث إن المبيع يبقي (في)[١١] ضمانه ، حتى إذا حدث به عيب يفسخ بسببه العقد.

---

(١) ما بين القوسين في ب " وقد ".

(٢) انظر : فتح العزيز ٣٠٥/٤ ، المجموع ٣٣٤/٩ ، روضة الطالبين ٥١٥/٣ .
وفي اشتراط حضور البائع عند المبيع في حال الإقباض **ثلاثة أوجه.**
أحدها : يشترط ، فإن حضرا عنده ، فقال البائع للمشتري : دونك هذا ولا مانع ، حصل القبض ، وإلا فلا . **والثاني:** يشترط حضور المشتري دون البائع ، ليتأتى إثبات اليد عليه .**والثالث: وهو الأصح** ، لا يشترط حضور واحدا منهما ، لأن ذلك يشق ، فإذا خل بينه وبين المبيع ، فقد أتى بما عليه ، فليتصرف.
هذا ، وقد أشار المصنف إلى هذه الأوجه الثلاثة ضمنا حينما قال: " فإن حضرا ذلك الموضع " وهذا هو الوجه الأول، **وحينما قال:** كما سيأتي بعد ذلك مباشرة " وأما إذا لم يحضرا .. وجاء المشترى إلى الموضع " وهذا هو الوجه الثاني ، وحينما قال : "وأما إذا تسلم بالقول ولم يحضر الموضع " وهذا هو الوجه الثالث.
وعلى القول بالأصح . وهو أنه لا يشترط حضور واحد منهما هل يشترط أن يمضي زمان إمكان المضي إليه ؟ **فيه وجهان.أحدهما** : **وهو الأصح** ، أنه يشترط ذلك . **وبه قطع المصنف** – كما سيأتي – **وغيره. والثاني** : لا يشترط ذلك ، لأنه لا معنى لاشتراطه مع عدم الحضور. انظر : فتح العزيز ٣٠٥/٤ ، المجموع ٣٣٤/٩ ، مغني المحتاج ٤٦٧/٢ ، أسنى المطالب ٨٦/٢ ، نهاية المحتاج ٩٤/٤.

(٣) ما بين القوسين في ب " وإن " .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فقد " .

(٥) انظر : فتح العزيز ٣٠٥/٤ ، المجموع ٣٣٤/٩.

(٦) **وهذا هو الذي جزم به المصنف** – كما أشرت سابقا.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ولا " .

(٨) ما بين القوسين سقط من ب.

(٩) ما بين القوسين سقط من ب.

(١٠) ما بين القوسين في ب " يكن "

(١١) ما بين القوسين في ب " من " .

١١٤ ٤٥٩٨

(الثالثة):[(١)]، [(٢)] إذا كان المبيع دارا فالقبض فيه أن (يتسلم) [(٣)]المفتاح، ويتمكن من الدخول ، فتح الباب أو لم يفتح ، دخل أو لم يدخل. **هذا إذا كانت الدار فارغة. فأما إذا كان في الدار رحل**[(٤)] البائع (فبمجرد التمكين) [(٥)] (من الدخول) [(٦)] (لا نجعله) [(٧)] قابضا، لأن البائع مستعمل للدار حقيقة، فكيف يجعل المشترى قابضا، ولكن إنما يحصل القبض بأن يدخل الدار، ويتسلط على الموضع وتصير (السندرة) [(٨)] مشاهدة[(٩)].**حتى قال أصحابنا:** لو جمع البائع رحله في بيت[(١٠)] وخيم عليه والمشترى دخل الدار وسكنها لا نجعل المشترى قابضا لذلك البيت،[(١١)] (لكون) [(١٢)] البائع مستعملا له.

---

(١) أى المسألة الثالثة .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الثالث " والصحيح ما أثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يسلم " .

(٤) الرحل : ما يوضع على ظهر البعير للركوب، وجمعه أرحل ورحال. ويقال حط فلان رحله، وألقى رحله : أقام ، والرحل أيضا : كل شيء يعد للرحيل من وعاء للمتاع وغيره. انظر: المصباح المنير ص ٨٥ ، المعجم الوجيز ص ٢٥٩ .

(٥) ما بين القوسين في ب "فمجرد التمكن".

(٦) ما بين القوسين سقط من ب.

(٧) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "يجعل" وهو خطأ واضح، والصحيح ما أثبت من ب ، لأنه مقتضى السياق، وكذا هو مقتضى التعليل بعده.

(٨) ما بين القوسين فى الأصل وب كلمة وردت بهذه الصورة "البدله" وبحثت عنها فى المعاجم اللغوية ولم أعثر لها على معنى. فلعلها السندرة- كما أثبتها- **والسندرة:** مكان فى المسكن أعلى بعض الحجرات لحفظ ما لا حاجة إليه فى الاستعمال اليومى.انظر: المعجم الوجيز ص٣٢٤.

(٩) انظر: فتح العزيز ٣٠٥/٤، المجموع ٣٣٤/٩، أسنى المطالب ٨٥/٢، مغنى المحتاج ٤٦٧/٢، نهاية المحتاج ٩٣/٤-٩٤.

(١٠) من الدار. انظر: المجموع ٣٣٤/٩، أسنى المطالب ٨٦/٢.

(١١) أى لذلك البيت المخيم من قبل البائع، ويحصل القبض فيما عداه.
قال الرافعي: "ولو جمع البائع متاعه فى بيت من الدار، وخلى بين المشترى وبين الدار، حصل القبض فيما عدا ذلك البيت". فتح العزيز ٣٠٥/٤. وانظر أيضا: المجموع ٣٣٤/٩، نهاية المحتاج ٩٤/٤، أسنى المطالب ٨٦/٢.
وليعلم أن تقييد المصنف برحل البائع يخرج به رحل المشترى فقط فلا يضر.
أما أمتعة غير المشترى من مستأجر ومستعير وموصى له بالمنفعة فكأمتعة البائع **كما قاله الأذرعي.** انظر: مغنى المحتاج ٤٦٧/٢، نهاية المحتاج ٩٤/٤.
هذا، وقد حكى الرافعي وجها، وعبر عنه النووى بأنه شاذ ضعيف أنه لا يصح بيع الدار المشحونة بالأقمشة. ثم قال: **"وادعى إمام الحرمين أنه المذهب".** انظر: فتح العزيز ٣٢٩/٤، المجموع ٣٣٤/٩، روضة الطالبين ٥١٥/٣، إخلاص الناوى ٨٦/٢.
هذا، ويدخل أيضا فى معنى العقار الأشجار الثابتة، والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ. أما بعد الجذاذ فألحقها **بعضهم** بالمنقول **كما اعتمده الخطيب الشربينى عن الإسنوى، وألحقها بعضهم** بالعقار **كالشيخ سليمان الجمل واعتمده بناء على ما صرحوا به** فى مسألة العرايا حيث اكتفوا فيها بالتخلية، والبيع واقع بعد أوان الجذاذ. انظر: فتح العزيز ٣٠٥/٤، مغنى المحتاج ٤٦٧/٢، حاشية الجمل ١٦٨/٣.

(١٢) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "بكون".

الرابعة[١] **:** إذا كان المبيع مما ينقل وتسلمه المشترى ونقله من موضع إلى موضع ضارٍ قابضاً **بلا خلاف** ، وخرج عن ضمان البائع[٢]. فأما إذا خلى بين المشترى والمبيع ولم ينقله المشترى . **المذهب المشهور** أنه لا (يجعل) [٣] قابضا[٤]. **وبه قال أحمد** [٥] .

ووجهه: ما روى عن ابن عمر أنه قال: (كنا) [٦] (نبتاع) [٧] الطعام في زمان (رسول الله صلى الله عليه وسلم جزافا فبعث علينا من يأمرنا بنقله من المكان الذي) [٨] ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه [٩] .

---

(١) أي المسألة الرابعة.

(٢) انظر **:** فتح العزيز ٣٠٥/٤ ، المجموع ٣٣٤/٩ ، أسنى المطالب ٨٦/٢ .

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل (يحصل) .

(٤) ولا تكفي فيه التخلية ، بل لابد من النقل والتحويل . **وبهذا جزم الأكثرون** .
انظر: فتح العزيز ٣٠٥/٤ - ٣٠٦ ، روضة الطالبين ٥١٥/٣ ، مغني المحتاج ٤٦٧/٢ ،شرح منهج الطلاب ١٦٩/٣-١٧٠ ، غاية البيان ص ٢٧٧، أسنى المطالب ٨٦/٢.

(٥) انظر : المغني ١٨٧/٦ ، الفروع ١٤٠/٤ وجاء فيه " وقبض ما ينقل بنقله ، وما يتناوله بتناوله ، والعقار ونحوه بتخليته ... " ، كشاف القناع ٢٤٧/٣ ، الروض المربع ص ٢٦٨ .
هذا وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى، أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز ، لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل ، فكان قبضا له كالعقار .
انظر: المغني ١٨٦/٦-١٨٧.

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل (كما) .

(٧) ما بين القوسين في ب " نبيع " .

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٩) **الحديث أخرجه**: مسلم في صحيحه ١١٦٠/٣ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. **ولفظه:**
عن نافع عن ابن عمر قال : كنا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه .
وفي لفظ آخر له ١١٦١/٣ عن ابن عمر أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال: " من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه " قال : وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه .
وأخرجه البخاري في صحيحه ٧٥١/٢ " باب من رأى إذا اشترى طعاما جزافا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله ... " **ولفظه** : عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما **قال** : لقد رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتاعون جزافا يعني الطعام يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتي يؤووه إلى رحالهم . وانظر **:** أيضا في تخريج الحديث : موطأ مالك ٦٤١/٢ ، مسند أحمد ٥٦/١ ، سنن النسائي ٢٨٧/٧ ، سنن البيهقي الكبرى ٣١٤/٥ ، صحيح ابن حبان ٣٥٧/١١ ، المنتقى لابن الجارود ١٥٥/١.

وفيه طريقة أخرى[1] وهو مذهب أبي حنيفة[2] ومالك[3] أنه : يجعل قابضاً ، لأنه حصل متسلطا عليه ، فصار كالعقار .

---

(١) وهذه الطريقة عبر عنها الرافعي والنووي بأنها قول .
وتحقيقه : أن المبيع لو كان مما ينقل فإن التخلية تكفي فيه كما في العقار ، ويجعل قابضاً .
وفي المسألة وجه آخر : أن التخلية تكفي لنقل الضمان إلى المشتري غير كافية للتسلط على التصرف ، لأن البائع أتى بما عليه ، والمقصر المشتري ، حيث لم ينقل ، فليثبت ما هو حق البائع . انظر:فتح العزيز ٣٠٦/٤ ، المجموع ٣٤٤/٩ ، روضة الطالبين ٥١٥/٣ .

(٢) انظر : شرح فتح القدير ٤٩٦/٥ ، مجمع الأنهر ٢٢/٢ ، بدر المتقى ٢٢/٢ ، حاشية ابن عابدين ٤٣/٤ ، بدائع الصنائع ٣٦١/٥ وجاء فيه " فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي ، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضا له ، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع " .

(٣) وتحقيق مذهب الإمام مالك كما ورد في كتبهم كالآتي : ذهب المالكية إلى أن قبض العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر بالتخلية بينه وبين المشترى وتمكنه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت وإن لم يخل البائع متاعه منها إن لم تكن دار سكنى؛ وأما إن كانت داراً للسكنى فإن قبضها بالإخلاء ولا يكفي التخلية. وأما قبض غير العقار من عروض وأنعام ودواب بالعرف الجاري بين الناس إن لم يكن فيه حق توفية لمشتريه ، وهو المثلي من مكيل أو موزون أو معدود . فإن كان كذلك فإن قبضه يكون بالكيل أو الوزن أو العد واستيلاء المشتري عليه . **قال الحطاب: " وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف أي وقبض غير العقار مما ليس فيه حق توفية بالعرف"**. مواهب الجليل ٤١٣/٦ ، وانظر أيضا نفس المعنى في : التاج والإكليل ٤١٣/٦ ، الشرح الصغير ٢٦٤/٤ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ١٤٥/٣ ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي للإمام ابن عبد البر القرطبي ص ٣٥٢ ط : دار الكتب العلمية – بيروت .
وعلى ضوء ما تقدم من عرض لمذهب المالكية في كيفية قبض المبيع أقول : كأن الإمام المتولي حمل العرف في قبض غير العقار على التخلية عند المالكية ، وذلك لأنهم **قالوا** :إن قبضه يكون بحسب العرف – كما ذكره .
وهو حمل غير مسلم على إطلاقه . من جهتين . الجهة الأولي : أنهم مثلوا عن قبض غير العقار بالعرف الذي جرى بين الناس وليس فيه تخلية. من ذلك ما جاء في الشرح الصغير ٢٦٥/٤ " والقبض في غير العقار من حيوان وعرض يكون بالعرف ، كتسليم الثوب وزمام الدابة ، أو سوقها أو عزلها عن دواب البائع ، أو انصراف البائع عنها " .
انظر أيضاً: الشرح الكبير ١٤٥/٣ .
الجهة الثانية : أن مذهبهم – كما مر ذكره – في قبض غير العقار الذي فيه حق توفية للمشتري وهو المثلي ليس بالتخلية وإنما يكون بحسبه . فإن كان مكيلا كان قبضه بالكيل ، وإن كان موزونا كان بالوزن ، وإن كان معدودا كان بالعد ، مع استيلاء المشتري عليه .انظر : الشرح الصغير ٢٥٩/٤ ، التاج والإكليل ٤١٣/٦. ومما هو جدير بالذكر أن المالكية – كما مر ذكره – **يقولون** : إن المبيع يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد لا بالقبض إلا ما فيه حق توفية كيل أو وزن أو عدد .
فعلى هذا من الممكن أن يقال : إن بيانهم لكيفية القبض لا تظهر له فائدة لدخوله في ضمان المشتري بالعقد. **ولكنهم أجابوا عن ذلك** : بأنه تظهر فائدته إذا كان البيع فاسدا ، وفي كل ما يحتاج لحوز كالوقف والهبة والرهن ، والعقار إذا بيع مزارعة ، والغائب إذا بيع على الصفة أو على رؤية سابقة. وذلك لأن الضمان في الفاسد ينتقل إلى المشتري بالقبض لا بالعقد. **وفي هذا يقول الدردير** في الشرح الكبير ١٤٦/٣ " وتظهر فائدة القبض فيما ذكر إذا كان البيع فاسد أو إذا بيع العقار مزارعه او غيره إذا كان غائبا ، وإلا فالبيع صحيح يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ولا يحتاج لتخلية ولا عرف " ، وانظر أيضاً : حاشية الدسوقي ١٤٦/٣ ، حاشية العلامة الصاوي على الشرح الصغير ٢٦٤/٤ .

فروع أربعة .

أحدها: لو كان المبيع غائبا فقال(المشتري للبائع): [١] احمله إلى واتركه عندي، ففعل البائع ذلك صار المشتري قابضا[٢] ، حتى لو تلف لا يسقط عنه الثمن،لأن (المبيع) [٣] في الموضع حصل بأمره ، فيكون الفعل مضافا (إليه)[٤].

الثاني[٥]: إذا جاء بالمبيع وتركه بين يديه من غير مسألة[٦] (فهل)[٧] يجعل (قابضاً)[٨] (أم لا ؟ فعلى ما ذكرنا من **الطريقين**[٩].

أحدهما: يجعل قابضا)[١٠] [١١] ، لأن القبض واجب عليه ، فصار كالغاصب إذا جاء بالمغصوب وتركه عند المالك يجعل المالك قابضاً (ويبرأ) [١٢] الغاصب (عن)[١٣] الضمان. **والطريقة الأخرى**: لا يجعل قابضاً [١٤]، بخلاف الغصب ، لأن هناك للمالك يد سابقة ، وإنما وُجد من الغاصب نوع (تعد) [١٥] جعل ذلك سبباً للضمان ، وقد ترك العدوان فعاد الشيء إلى يد المالك . وهاهنا المشتري ماله يد سابقة، ويد البائع ما ثبتت بعدوان ، (بل) [١٦] ثبتت بأمر حق ، (فلا) [١٧] تزول يده إلا بتمام الاستيلاء.

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " البائع للمشتري" وهو خطا واضح ، والصحيح ما أثبت من ب ، كما سيتضح من قراءة السياق .

(٢) **بلا خلاف ، كذا نقله النووى عن المصنف** . انظر : المجموع ٣٣٦/٩ ، فتح العزيز ٣٠٦/٤ وجاء فيه " ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري : ضعه ، فوضعه بين يديه حصل القبض " وانظر أيضاً : روضة الطالبين ٥١٦/٣ ، أسنى المطالب ٨٧/٢.

(٣) ما بين القوسين في ب " كونه " .

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٥) أى الفرع الثاني.

(٦) **أو قال المشتري** : لا أريده . انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، المجموع ٣٣٥/٩.

(٧) ما بين القوسين في ب " هل " .

(٨) ما بين القوسين سقط من ب .

(٩) في قبض المبيع المنقول بالتخلية . **والمراد عرض الخلاف في صحة القبض وعدمه ، لا البناء عليه . وذلك كما عبر الرافعي والنووى بأنه على وجهين.** انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، روضة الطالبين ٥١٦/٣-٥١٧ .

(١٠) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(١١) **وهو الأصح ، وبه جزم كثيرون كالشيخ زكريا الأنصاري ,المقرى وغيرهما** . انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، المجموع ٣٣٥/٩ ، أسنى المطالب ٨٧/٢ ، إخلاص الناوى ٨٩/٢ ، نهاية المحتاج ٩٨/٤.

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ويبرى " .

(١٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " علي " .

(١٤) **وهو مقابل الأصح** . كما لا يحصل به الإيداع. انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤، المجموع ٣٣٥/٩.

(١٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بعد " والصحيح ما أثبت من ب .

(١٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بأن " والصحيح ما أثبت من ب .

(١٧) ما بين القوسين فى ب " ولا ".

الثالث [١]: لو جاء بالمبيع إلى المشتري وتركه عنده وقلنا : يصير قابضا فباعه من إنسان قبل أن ينقله ، ونقله المشتري الثاني وتلف في يده(ثم) [٢] خرج مستحقا ، فللمستحق أن يغرم (البائع) [٣] الأول ، لأن الشيء كان في يده، **وله** أن (*)[٤] يغرم المشتري الثاني، لأن الشيء تلف في يده، **وليس** له أن (يضمن) [٥] (المشتري) [٦] الأول ، لأن (*)[٧] الاستحقاق ضمان عدوان، وضمان العدوان لا (يتحقق) [٨] إلا بحقيقة الاستيلاء[٩]. فإن من (خلا) [١٠] بمال إنسان بغير إذنه لا يجعل ضامنا ما لم يحصل في يده. وقد جعلناه قابضا من (طريق) [١١] الحكم لصحة (السبب) [١٢][١٣] ، فإذا بان (أن)[١٤] السبب (فاسد) [١٥] لا يصير قابضا، ولا يلزمه الضمان.

---

(١) أي الفرع الثالث.

(٢) ما بين القوسين في ب " و " .

(٣) ما بين القوسين سقط من ب .

(٤) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " لا " وإثبات ذلك يخل بالمعنى ، فحذف استقامة للسياق كما هو محذوف من ب .

(٥) ما بين القوسين في ب " يغرم " .

(٦) ما بين القوسين من ب وفى الأصل " للمشتري"

(٧) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " ضمان عدون ، وضمان العدوان لأن ضمان " وهو كلام مكرر في السياق ، فضلاً عن أنه غير مفيد لشيء فحذف استقامة للسياق كما هو محذوف من ب .

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يستحق " والصحيح ما أثبت من ب .

(٩) انظر : المجموع ٣٣٦/٩ .
وأما إن تلف في يد المشتري ولم يخرج مستحقاً فإنه يكون من ضمانه ، حتى لو تلف تقرر عليه الثمن . انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، روضة الطالبين ٥١٧/٣ ، أسنى المطالب ٨٧/٢ ، إخلاص الناوى ٨٩/٢ ، نهاية المحتاج ٩٨/٤ ، شرح منهج الطلاب ١٧١/٣.

(١٠) ما بين القوسين من ب وفى الأصل " يخلي " .

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ظهر " .

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " النسب " والصحيح ما أثبت من ب .

(١٣) **قال النووى في معنى هذا** : " وإنما جعلناه هنا قابضا ليصح بيعه وتصرفه " المجموع ٣٣٦/٩.
وعلى هذا لو كان بين العاقدين مسافة التخاطب فأتى به البائع إلى أقل من نصفها لم يكن قبضاً ،وإن أتى به إلى نصفها فوجهان . وإن أتى به إلى أكثر من نصفها كان قبضاً. قال الإمام : " ويقرب أن يقال : ينبغي أن يضع المبيع من المشتري على مسافة تناله يده من غير حاجة إلى قيام وانتقال". أسنى المطالب ٨٧/٢ ، حاشية الجمل ١٧١/٣.

(١٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(١٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فاسدا " والصحيح ما أثبت من ب لأنه خبر أن.

الرابـع[١] : إذا اشـتري دارا مملـوءة مـن الطعـام مـع الطعـام الـذي (فيـها) [٢] فالقبض في الدار بالتخلية ، (فأما) [٣] الطعام فـإن **قلنـا** : لـو كـان مبيعـا وحـده تكون التخلية فيه قبضـا[٤] ، فها هنا أولى .
وإن **قلنـا** : إذا كـان الطعـام مبيعاً وحـده لا يصـير قابضـا بالتخليـة، **فـهاهنا وجهان. أحدهمـا:** لا يجعـل قابضـاً[٥]. **لأن** النقـل الـذي جعـل قبضـا لـم يوجـد **والثاني:** يجعل قبضا تبعاً للدار[٦]،**وأيضاً** فإن في اشتراط النقل فـي (هـذه)[٧] الصـورة (ضـررا) [٨] ، لأنـه ربمـا لا يكون للمشـتري (موضـع) [٩] آخـر (يمكنه)[١٠] جمع الطعام(*)[١١] فيحتاج أن ينقل الطعـام عـن الموضـع وينـزل إليه (فيلزم مؤونة)[١٢] النقل مرتين، وقد حصلـت الـدار تحـت حكمـه وأمـره، فجعلناه مستولياً على ما فيها.[١٣]

---

(١) أي الفرع الرابع.
(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فيه " .
(٣) ما بين القوسين في ب " وأما " .
(٤) **وهو الوجه المقابل للمذهب** – كما سبق ذكره .
(٥) **وهو الأصح** ، وبناء عليه يشترط نقله ، كما لو بيع وحده .
(٦) وهو **مقابل الأصح** ، **وبه قطع الماوردي . قال** : " ألا ترى أنه لـو اشـترى دارا مع مع فيها من المتاع لم يفتقر قبض المتاع إلى تحويله من الدار ، وكان تمكينه من الدار قبضا للدار ولما فيها مـن المتـاع " الحـاوي ٢٢٧/٥ . وانظـر فـي ذلـك أيضـاً : فتـح العزيـز ٣٠٦/٤ ، المجمـوع ٣٣٥/٩ ، مغنـي المحتـاج ٤٦٨/٢ ، حاشـية الجمـل ١٧٠/٣.
وقد زاد الإمام الماوردي أيضاً أن المشتري لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التى عليها الصبرة وخلى البائع بينه وبين الأرض حصل القبض في الصبرة، لأنه إذا ملك الموضع مع ما فيه لم يلزمه نقل ما فيه .
انظر : الحاوى ٢٢٧/٥ ، روضة الطالبين ٥١٦/٣ ، أسنى المطالب ٨٧/٢ .
(٧) ما بين القوسين سقط من ب .
(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ضـرر " وهو خطأ والصحيح ما أثبت مـن ب، لأنه اسم إن .
(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " موضعا " وهو خطأ والصحيح ما أثبت من ب .
(١٠) ما بين القوسين سقط من ب .
(١١) ما بين القوسين يوجد مكانه بالأصل " فيمكنه " وبإثبات ذلك يختل السياق ، فحذف استقامة له كما في ب .
(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فيلتزم مؤنة" .
(١٣) **أما لو استعار** المشتري الدار وقد اشترى ما فيها من متاع ، لم يصح قبضه للمتاع باستعارته للدار حتى ينقله . **أما لو استأجر** الدار من البائع واشترى ما فيها من متاع **فوجهان** . **أحدهما** : يكون قبضـا ، لأنـه بالإجـارة قد ملـك المنـافع. **والثـاني: وهو الصحيح** ، أنه لا يكون قبضا حتى ينقل ، لأن ملك الدار لم ينتقل .
انظر : الحاوى ٢٢٧/٥ ، المجموع ٣٣٥/٩.

الحادية (عشرة): [١][٢] إذا أتلفه في يد البائع جعل قابضا **على ظاهر المذهب**، لأنه سبب (لضمان) [٣] العين[٤] **وهكذا** (لو أعتقه) [٥] لأن العتق إتلاف حكمي[٦] . **وفيه وجه آخر** : أنه ينفسخ (العقد) [٧][٨] ، اعتباراً بالإجارة ، فإن المستأجر لو قتل العبد تنفسخ الإجارة[٩] ، فعلى هذا تلزمه (قيمته) [١٠][١١] . **وهذه طريقة من يقول (*)**[١٢] أن العبد لا يصح عتقه[١٣].
الثانية (عشرة): [١٤][١٥] إذا كان يحتاج في تسليم المبيع إلى مؤونة[١٦] مثل أن (يكون) [١٧] مكيلاً ، والكيل مشروط في العقد (فالمؤونة) [١٨] على البائع، (لأنه) [١٩] يستفيد به برآة نفسه عن الضمان. وكذلك إن كان غائبا عن الموضع فمؤونة إحضاره عليه .

---

(١) أي المسألة الحادية عشرة .
(٢) ما بين القوسين في ب " عشر " .
(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الضمان " والصحيح من أثبت من ب .
(٤) وقد مر ذكر ذلك تفصيلاً في المسائل التي ألحقتها في آخر الفصل الأول من هذا الباب ، فليرجع إليه .
(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من صلب الأصل ، حيث إنه قد أشير في جانب اللوحة إلى هذا السقط من نفس النسخة .
(٦) **وهذا هو الأصح** ، سواء كان للبائع حق الحبس أم لا ، **وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري وغيره** . انظر : فتح العزيز ٢٩٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٦/٣ ، المجموع ٣١٩/٩ ، شرح منهج الطلاب ١٦٣/٣ ، أسنى المطالب ٨٣/٢ ، غاية البيان ص ٢٧٦.
(٧) ما بين القوسين سقط من ب .
(٨) **سواء** في الإتلاف أو في العتق . وعدم القبض في العتق **هو قول ابن خيران وغيره**. وقد سبق تفصيل ذلك كله . انظر : المخطوط ورقه ٨/أ .
(٩) **قال الخطيب الشربيني : " وتنفسخ الإجارة بموت الدابة والأجير المعنين ... لفوات المعقود عليه ... لا فرق بين أن يكون الموت بآفة سماوية أو بغيرها ، كإتلاف المستأجر"**. مغني المحتاج ٤٨٤/٣ .
(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " القيمة " .
(١١) ويسترد الثمن من البائع ، ويكون التلف من ضمان البائع ، سواء في التلف الحقيقي أو في الحكمي . انظر : **فتح العزيز** ٢٨٨/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٠/٣ .
(١٢) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " في " وبإثبات ذلك يختل السياق، فحذف استقامة له كما في ب .
(١٣) **وهو قول ابن خيران** – كما سبق ذكره ، **وأبي العباس بن سريج** إن كان للبائع حق الحبس ، بأن كان الثمن حالا ولم يؤده المشتري ، ولا أذن فيه البائع. انظر: المجموع ٣١٩/٩ ، روضة الطالبين ٥٠٦/٣ ، المخطوط ورقة ٨/أ .
(١٤) أي المسألة الثانية عشرة .
(١٥) ما بين القوسين في ب " عشر " .
(١٦) المؤونة : القوت ، وما يدخر منه . والجمع : مؤونات . وفيها لغات منها : مؤنة بهمزه ساكنة، والجمع مؤن ، ومنها: مونة بالواو والجمع مُوَن ، والتمون : كثرة النفقة على العيال . ومانه : قام بكفايته . انظر : القاموس المحيط ٢٧٥/٤، المصباح المنير ص ٢٢٤ ، المعجم الوجيز ص ٥٩٥ .
(١٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " كان " .
(١٨) ما بين القوسين في ب غير واضح .
(١٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ولأنه " والصحيح ما أثبت من ب استقامة للتعليل .

٥-٤٦ ٤٠

فأما إذا كان (حاضر) [١] في الموضع ويحتاج في نقله إلى دار المشتري (إلى مؤونة فعلى المشتري) [٢] ولا يجب على البائع إلا التخلية[٣].

الثالثة عشرة [٤]: إذا اشترى بعض عين مشاعا فقد ذكرنا أن العقد صحيح[٥]. وطريق التسليم أن يسلم الجميع إليه ، لأن القبض فرع العقد ، وإذا صح العقد مشاعا يصح القبض مشاعا ، وما ليس يملك له (يكون) [٦] أمانة ، لأنه ما قبضه ليتملكه ولا لينتفع به ، ولا هو (متعد) [٧] في أخذه وإمساكه.[٨]

---

(١) ما بين القوسين في ب " حاصلا " .

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٣) انظر : فتح العزيز ٣٠٩/٤ ، الحاوى ٢٢٨/٥ ، روضة الطالبين ٥١٩/٣ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ وجاء فيه : " **فرع: مؤنة** الكيل والوزن المفتقر إليهما القبض على من أوفى، بائعا كان أو مشتريا ، كمؤنة إحضار المبيع والثمن الغائبين إلى محل العقد أي تلك المحلة ، **وأما مؤنة** نقلهما المفتقر إليه القبض على المستوفي **على ما دل عليه كلام الشافعي وصرح به المتولى كما نبه عليه ابن الرفعة ...** " .
وأما مؤنة نقد الثمن فهل هى على البائع أو المشتري ؟ **فيه وجهان** . **أحدهما** : على المشتري، لأن النقد من كمال التسليم . **والثاني** : على البائع ، لأنه يستظهر بذلك لنفسه . **قال النووى** :"**قلت : ينبغي أن يكون الأصح ، أنها على البائع** . والله أعلم " روضة الطالبين ٥١٩/٣ . وانظر أيضاً : الحاوى ٢٢٨/٥ ، فتح العزيز ٣٠٩/٤ .
ولا فرق في الثمن بين أن يكون معينا أو لا – **كما أطلقه الرافعي والنووى – واعتمده الكثيرون** ، **وإن قيده العمراني** في كتاب الإجارة بما إذا كان الثمن معيناً. انظر: أسنى المطالب ٨٨/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٠/٢ ، نهاية المحتاج ١٠١/٤ .

(٤) أى المسألة الثالثة عشرة .

(٥) **قال النووى** : " بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة ، من دار وأرض وعبد وصبرة وثمرة وغيرها ، صحيح " روضة الطالبين ٣٥٩/٣ .

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " متعدى " والصحيح ما أثبت من ب.

(٨) انظر : فتح العزيز ٣١١/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣ ، المجموع ٣٤٠/٩ ، شرح منهج الطلاب ١٧١/٣ ، أسنى المطالب ٨٩/٢ ، الغرر البهية ٧٠٦/٣ .
هذا، ومحل كون الزائد أمانة إذا كان للبائع ، فإن كان لغيره فلابد من إذنه في القبض، وإلا لم يكن أمانة إن كان منقولاً ، فإن كان عقارا لم يحتج إلى إذنه ، لأن اليد على المنقول حسية وعلى العقار حكمية. انظر : حاشية الجمل ١٧١/٣ ، أسنى المطالب ٨٩/٢، حاشية الرملي ٨٩/٢ وجاء فيه : " والزائد أمانة بيده إن كان للبائع أو لغيره وأذن فيه ، وإلا فمضمون " .
هذا، وقد نص بعضهم على أن إذن شريك البائع في المنقول شرط لصحة القبض ، لا لكونه أمانة فقط . انظر : حاشية الجمل ١٧١/٣، حاشية الشربيني على الغرر ٧/٣.
هذا، ولو قبض المشترى الزائد لينتفع به بإذن من الشريك ، وجعل علفها في مقابلة الانتفاع به فإجارة فاسدة ، فإن تلفت بلا تقصير لم يضمن . وإن إذن له في الانتفاع به لا في مقابلة شيء فعارية . وإن وضع يده على الزائد بلا إذن فغاصب .
انظر : حاشية الجمل ١٧١/٣ .

فرع : لو أراد أن يطالب بالقسمة قبل القبض (يجاب إليه) [١] لأنا إن **قلنا** : القسمة إفراز حق **فالوجه فيه ظاهر**، وإن **قلنا :** القسمة بيع (فهذا بيع) [٢] سقط فيه اعتبار الرضى حتى (أجبر) [٣] الشريك على القسمة ، فيسقط اعتبار القبض أيضا، كما في الشفعة[٤].

---

(١) ما بين القوسين في ب " لكان له " .

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٣) ما بين القوسين من ب وفى الأصل " يجبر ".

(٤) انظر : فتح العزيز ٣١١/٤ ، المجموع ٣٤٠/٩ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣ ، أسنى المطالب مع حاشية الرملي عليه ٨٩/٢ ، الغرر البهية مع حاشية الشربيني عليه ٧/٣.

مع العلم بأن القياس على الأخذ بالشفعة – قبل القبض هو الوجه الصحيح فيها. والوجه الآخر: لا يجوز الأخذ بالشفعة قبل القبض، لأنها في الحقيقة معاوضة. وقد سبق الكلام على ذلك بالتفصيل.

انظر: المخطوط ورقة ٥/ب ، ٦/أ .

هذا ، ويؤخذ من كلام المصنف أن القسمة لو كانت قسمة رد لا يجاب إلى طلبها ، لاعتبار الرضى فيها – **كما نقله الشيخ زكريا الأنصاري**.

انظر: أسنى المطالب ٨٩/٢ ، الغرر البهية ٧/٣ .

الفصل السادس
في قبض عوض الصرف

وفيه سبع مسائل .

إحداها : قبض العوضين في عقد الصرف في المجلس شرط ، وهكذا العقد إذا وقع على عوضين جمعتهما علة واحدة من مال الربا، وقد ذكرنا ذلك في أول باب الربا.[١] **فلو تفرقا** قبل القبض فسد العقد وأثما به [٢]، **لأن** الشرع سمى الافتراق في الصرف قبل التقابض ربا، فصار قصدهما إلى ذلك كالقصد إلى مقابلة درهم بدرهمين . **فإن (أرادا)** [٣] أن (يسقطا)[٤] عنهما (المأثم) [٥] فالطريق (فيه) [٦] أن يتفاسخا العقد ، إما بحكم الخيار، أو يتقايلا ، حتى يكون ارتفاع (العقد) [٧] بطريق مأذون فيه (بالشرع) [٨] لا بطريق (محرم). [٩][١٠]

---

(١) انظر : فتح العزيز ٧٦/٤ ، روضة الطالبين ٣٧٨/٣ ، المجموع ٥٠٦/٩ ، تكملة المجموع للسبكي ٩٣/١٠ ، شرح النووى على صحيح مسلم ١٢/١١ ط : دار الكتب العلمية – بيروت – أسنى المطالب ٢٣/٢.

(٢) انظر : المجموع ٥٠٦/٩ **وجاء فيه " ومتى تفرقا قبل القبض وحصل القبض بطل العقد ويأثمان بذلك ، قال ابن الصباغ والأصحاب : يكون هذا ربا جاريا مجرى بيع الربوى نسيئة ، ولا يكفيهما تفرقهما في منع الإثم ، وإن كان يبطل كما أن العقد مع التفاضل باطل ويأثمان به "**، الإجماع لابن المنذر ص ٩٢، روضة الطالبين ٣٧٩/٣.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " أراد " .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يسقط " .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ .

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٧) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بالشرط " والصحيح ما أثبت من ب .

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "مختوم" وهو خطأ،والصحيح ما أثبت من ب.

(١٠) انظر : المجموع ٥٠٧/٩ ، حاشية الرملى الكبير ٤٨/٢ ، تكملة المجموع للسبكي ١٥/١٠.

وحيث شرطنا التقابض فمعناه التقابض قبل التفرق الذى ينقطع به خيار المجلس، ولا يشترط أن يكون زمن العقد قصيرا ، بل سواء طال المجلس أم قصر.

قال الشافعي: " ... ولا بأس بطول مقامهما في مجلسهما ، ولا بأس أن يصطحبا من مجلسها إلى غيره ليوفيه ، لأنهما حينئذ لم يتفرقا ، وحد الفرقة أن يتفرقا بأبدانهما ، وحد فساد البيع أن يتفرقا قبل أن يتقابضا " الأم ٣٨/٣.

وانظر أيضا: المجموع ٥٠٦/٩ ، تكملة المجموع ٨٩/١٠ ، شرح النووى على صحيح مسلم ١٢/١١.

هذا، والمراد من تفاسخ العقد بحكم الخيار في قول المصنف : ذلك على الوجه الذى أجاز التخاير في عقد الصرف قبل التقابض ، وهو قول ابن سريج – كما سيأتى في المسألة القادمة . انظر : فتح العزيز ٧٨/٤ ، المجموع ٥٠٧/٩ .

١١ع ٤٦٠٨

(الثانية): [١][٢] إذا (تخايرا) [٣] في عقد الصرف قبل التقابض . هل يفسد العقد أم لا؟ **فيه وجهان**[٤]. **أحدهما:** يبطل[٥]. **لأن** (التخاير) [٦] في الشرع جعل بمنزلة التفرق في لزوم (العقد) [٧][٨] . **والثاني :** لا يبطل[٩] . **لأن** المجلس قائم حقيقة ،

---

(١) أى المسألة الثانية .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الثالثة " والصحيح ما أثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " تخايا ".

(٤)**وذكر السبكي أن المسألة فيها وجه ثالث** وسيأتى ذكره في نهاية المسألة. انظر: تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٠، وذكره النووى في باب الخيار. انظر: المجموع ٢١٣/٩ .

(٥) **وهذا الوجه هو المذهب – كما قال النووى – وبه قطع الجمهور من الأصحاب.** انظر: فتح العزيز ٧٨/٤ ، المجموع ٥٠٧/٩ ، أسنى المطالب ٢٣/٢ ، مغنى المحتاج ٣٦٦/٢ ، حاشية الرملي الكبير ٢٣/٢ .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الخيار " والصحيح ما أثبت من ب .

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " البيع ".

(٨) ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، فكذا إذا تخايرا . انظر : المهذب ٣٦١/١ ، أسنى المطالب ٢٣/٢ ، مغنى المحتاج ٣٦٦/٢ .

وبناء على هذا الوجه فإن العقد الربوى يبطل سواء أتقابضا قبل التفرق أم لا . وما ذكر في باب الخيار " من أنهما لو تقابضا قبل التفرق لم يبطل فضعيف ، بل قال الأذرعي إنه مفرع على رأى ابن سريج القادم في الوجه الثاني ، وهو أنه لا يرى أن التخاير بمنزلة التفرق ، وأما على المذهب فيبطل جزما. انظر : حاشية الرملي الكبير ٢٣/٢ ، مغنى المحتاج ٣٦٦/٢ .

ومما هو جدير بالذكر أن أنقل كلام النووى في باب الخيار في المجموع ٢١٣/٩ في حكم ما لو أجاز العاقدان العقد قبل التقابض . **فيه وجهان ، ثم قال وفيه وجه ثالث .**
الأول : تلغو الإجازة، فيبقى الخيار . **والثاني : وقال عنه النووى إنه الأصح** ، أن العقد يلزم ، وعليهما التقابض ، فإن تفرقا قبل التقابض انفسخ العقد ولا يأثمان إن تفرقا عن تراضي ، وإن انفرد أحدهما بالمفارقة أثم هو وحده . وهذا الوجه – كما قلت – مفرع **على** رأى **ابن سريج** وهو أنه لا يرى أن التخاير بمنزلة التفرق.
والثالث : أن العقد يبطل بالتخاير قبل القبض ، لأن التخاير كالتفرق. **وعبر عنه هنا في باب الربا بأنه المذهب .**

قال السبكي عن هذه الأوجه الثلاثة:" ... فجمع- أى النووى – الأوجه الثلاثة لكن بعبارة توهم أن البطلان مرجوح وهو قال هنا – أى في باب الربا – إنه المذهب . وأما قوله أصحهما اللزوم فيمكن الاعتذار عنه بأنه الأصح من الوجهين – أى الأولين – ولا يلزم أنه الأصح مطلقا فلا منافاة بينه وبين أن يكون الثالث أصح منه" تكملة المجموع ١١/١٠ .

(٩) **وهو قول ابن سريج** – كما سبق ذكره.

تراضى

والشرع علق الحكم بالافتراق[١]. على ما روينا عن عمر (رضى الله عنه)[٢] أنه قال لطلحة: [٣] "لا تفارقه "[٤].

وأما سقوط الخيار (به) [٥] لأجل التراضى ، كما يقوم إسقاط خيار **الشرط مقام** مضى المدة فى لزوم (العقد). [٦][٧]

---

(١) **قال السبكي** : " وأما قول ابن سريج فوجهه ظاهر ، لأن الشرط التقابض قبل **التفرق، وقد** وجد ، وإلحاق التخاير بالتفرق في كل أحكامه ممنوع، والذى ثبت من الشرع **مساواة** التخاير للتفرق في لزوم العقد ، لا مطلقا ، فمن ادعى ذلك فعليه البيان" تكملة **المجموع** ١٠/١٢-١٣ .

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٣) **طلحة :** هو طلحة بن عبيد الله بن عثمان القرشي التميمي ، أبو محمد ، أحد العشرة، وأحد الثمانية الذين سبقوا للإسلام ، وأحد الخمسة الذين أسلموا على يد أبي بكر – رضى الله عنهم – وأحد الستة أصحاب الشورى ، لم يشهد بدرا ، لأنه كان بالشام ، وشهد أحدا وما بعدها من المشاهد ، وبايع بيعة الرضوان ، وأبلى يوم أحد بلاء حسنا ، مات – رضى الله عنه - سنة ست وثلاثين من الهجرة. انظر: الإصابة ٣/٢٩٠ وما بعدها برقم (٤٢٥٩) ، أسد الغابة ٢/٤٦٧ وما بعدها برقم (٢٦٢٥).

(٤) **الأثر أخرجه:** البخارى في الصحيح ٢/٧٦١ "باب بيع الشعير بالشعير"عن مالك بن أوس أنه التمس صرفا بمائة دينار ، فدعانى طلحة بن عبيد الله، فتراوضنا حتى اصطرف منى، فأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال : حتى يأتي خازنى من الغابة، وعمر يسمع ذلك ، فقال : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ، قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : " الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء " . وأخرجه أيضا : ابن حبان في صحيحه ١١/٣٨٧ ، والشافعي في المسند ص ١٣٨ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٧٦ ، ومالك في الموطأ ٢/٦٣٧ ، وأحمد في المسند ١/٣٥.

ووجه الدلالة منه كما يقول السبكي " فجعلنا ذلك منوطا بالتفرق ، وليس اعتبار التفرق لذاته ، بل لمعنى يمكن إحالة الحكم عليه ، وهو أن العقد قبل التفرق كأنه لم يوجد ... وأما اعتبار التفرق من حيث هو ، فلا معنى له ، ولم يرد في الشرع ما يدل عليه ، ولا أن التقابض قبله مطلقا كاف ، ويتأيد ذلك بأن الأصل عندنا في بيع الربويات التحريم ، إلا ما قام الدليل على إباحته ... فإذا تعارض ما يقتضي إلحاق التخاير بالتفرق وما يقتضى عدمه تعين الرجوع إلى الأصل ، فكيف ولم يحصل تعارض ؟ فإن الشارع لم ينص على أنه متى حصل التقابض قبل التفرق صح العقد، ولا على جعل التفرق من حيث هو مظنة ، بل شرط أن يكون يدا بيد ، والعقد بالتخاير موجود حقيقة وحكما ، وتقدم صحة العقد على شرطه ممتنع ... " تكملة المجموع ١٠/١٣-١٤ .

(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " المدة " والصحيح ما أثبت من ب، لأن المعنى لا يستقيم إلا به .

(٧) انظر : تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٤ **وجاء فيه توضيحا لعبارة المصنف ما نصه "وأيضا فالتفرق اعتبر للدلالة على تكامل الرضا ، والتخاير المصرح بذلك أولى".**

وأما الوجه الثالث في المسألة . وبه جزم الإمام الماوردى وهو كما قال : " فلو لم يتفرقا ولكن خير أحدهما صاحبه فاختار الإمضاء القائم مقام الافتراق قبل أن يتقابضا كان هذا التخير باطلا ولم يبطل العقد " الحاوى ٥/٧٩ .

وبمعنى آخر كما عبر عنه النووى والسبكي: أن الإجازة لاغية ، والخيار باق بحاله. وذلك لأن اختيار الإمضاء إنما يكون بعد تقضى علقة العقد، وبقاء القبض يمنع من نقض علقه، فمنع من اختيار إمضائه. انظر: الحاوى ٥/٧٩، المجموع ٩/٢١٣، تكملة المجموع ١٠/١٠.

الثالثة[١] : لو أنهما وكلا بالقبض (والإقباض) [٢] أو وكل أحدهما بالقبض والإقباض ولم (يتفرقا) [٣] حتى حصل التقابض من الوكيلين إما بحضرتهما أو (في موضع آخر و)[٤] هما في المجلس جاز ، ويقوم قبض الوكيلين مقام قبضهما، وليس (يشترط) [٥] تحصيل المال بحضرتهما ، وإنما الشرط أن لا يتفرقا (بالأبدان)[٦] حتى يوجد التقابض[٧].

الرابعة[٨] : إذا أراد أن يشترى دينارا من رجل ، وقيمة الدينار عشرون درهما ولم يكن معه إلا عشرة فالطريق له أن يشترى النصف بعشرة ، ويقبضه العشرة، ويتسلم الدينار مشاعا ثم يستقرض الدراهم منه بعد ذلك ويشتري النصف الآخر فيحصل له الدينار ، ويبقي (عليه) [٩] (دينا) [١٠] عشرة. **كذا حكاه أصحابنا بالعراق**[١١]. **وحكى القاضي الإمام** رضى الله عنه أنه إذا استقرض منه العشرة كان ذلك نقضا للقبض الأول ، لأن العقد في زمان المجلس غير مستقر.[١٢] فإذا سلم بعد ذلك يكون بمنزلة من (يسلم)[١٣] بعض العوض قبل التفرق، فيبطل في الباقي[١٤]، وفي ذلك القدر (ينبنى)[١٥] على تفريق الصفقة[١٦]

---

(١) أى المسألة الثالثة.
(٢) ما بين القوسين سقط من ب .
(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يفترقا " .
(٤) ما بين القوسين سقط من ب .
(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يشرط "
(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بالبدن "
(٧)انظر: فتح العزيز ٧٨/٤،روضة الطالبين٣٧٩/٣،المجموع٥٠٦/٩،أسنى المطالب ٢٢/٢،حاشية الشربيني على الغرر ٤١٢/٢. **جاء في روضة الطالبين** " ولو وكل أحدهما وكيلا بالقبض فقبض قبل مفارقة الموكل المجلس جاز وبعده لا يجوز ".
(٨) أى المسألة الرابعة.
(٩) ما بين القوسين سقط من ب.
(١٠) ما بين القوسين من ب وفى الأصل " دين ".
(١١) **وجزم به الكثيرون. منهم الرافعي والنووى وغيرهما. انظر:** فتح العزيز ٧٩/٤، روضة الطالبين ٣٨٠/٣، تكملة المجموع للسبكى ١٣٩/١٠، أسنى المطالب ٢٣/٢، مغني المحتاج ٣٦٦/٢.
(١٢) **انظر:** تكملة المجموع للسبكى ١٤٠/١٠.
(١٣) ما بين القوسين من ب، وفى الأصل "يتسلم" والصحيح ما أثبت من ب لأنه مقتضى السياق.
(١٤) أى الذى لم يقبض.
(١٥) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "يبنى".
(١٦) **الصفقة فى اللغة:** مأخوذة من صفقته على رأسه: ضربته باليد، وصفقت له بالبيعة صفقا أيضا: ضربت بيدى على يده، وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة فى العقد، **فقيل:** بارك الله لك فى صفقة يمينك.
انظر: المصباح المنير ص١٣١.
وعلى هذا فقد قال الإمام الماوردى: "أما الصفقة فإنها عبارة عن العقد، لأن العادة من المتعاقدين جارية أن يصفق كل واحد منهما على يد صاحبه عند تمام العقد وانبرامه". الحاوى ٢٩٣/٥. وانظر أيضا: المجموع ٤٦٩/٩، حاشية الجمل ٩٤/٣.

وقد (ذكرناه)(١)(٢) فلو أنه (*)(٣) لم يفعل (ذلك)(٤) ولكن اشترى الدينار(٥) بالعشرين (وسلمه وسلم)(٦) العشرة من ثمنه،(٧) ثم استقرض منه العشرة ليرد عليه كرة(٨) أخرى . **فوجهان. أحدهما**: يكون ذلك فضاً (للقرض)(٩)، ولا يقع عن العوض المستحق بالعقد(١٠). **وهذا على طريقة من قال:** القرض لا يملك قبل التصرف.(١١) **ومنهم من قال:** يقع ذلك عن العوض المستحق،

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "ذكرنا".

(٢) **بمعنى أن ذلك القدر المقبوض فيه طريقان. الطريق الأول: أنه على قولين. وبهذا الطريق قال أبو إسحاق المروزي. القول القول الأول:** لا يصح. **والقول الثاني:** وهو الأظهر، أنه يصح. **والطريق الثاني: وهو الأصح،** القطع بالصحة وعدم الانفساخ، **وهذا طريق سائر الأصحاب عدا أبي إسحاق المروزي.** انظر: روضة الطالبين ٣٧٩/٣، ٤٢١، المجموع ٥٠٧/٩، الحاوي ٢٩٥/٥، أسنى المطالب ٢٣/٢، مغني المحتاج ٣٦٦/٢.

(٣) ما بين القوسين يوجد مكانه في الاصل " لو " والأولى حذفها كما في ب ، لأن المعنى قائم بدونها، فلا داعي لذكرها .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " كذلك " والصحيح ما أثبت من ب استقامة للسياق .

(٥) أي كله . انظر : فتح العزيز ٧٩/٤ ، أسنى المطالب ٢٣/٢ .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ويسلمه ويسلم " .

(٧) ومعنى قول المصنف " وسلمه وسلم العشرة من ثمنه " حتى لا يتلبس الأمر : أي وسلم البائع إلى المشتري الدينار ، وسلم المشتري إلى البائع العشرة دراهم من ثمن الدينار .

(٨) الكرة : الرجعة : انظر : المعجم الوجيز ص ٥٣١.

والمعنى هنا: ... ليرد العشرة إليه عن الثمن (الدينار) انظر: فتح العزيز ٧٩/٤ .

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الفرع " والصحيح ما أثبت من ب

(١٠) **وعبر عن هذا الوجه النووي والسبكي بالأصح نقلا عن الرافعي في بعض نسخه، والمعتمد خلاف ذلك كما سيأتي في الوجه الثاني ، وهذا الوجه اختيار الماوردي.** انظر: الحاوي ٨٠/٥ ، روضة الطالبين ٣٨٠/٣ ، تكملة المجموع ١٣٩/١٠ ، مغني المحتاج ٣٦٦/٢. **مع العلم بأنه لم يذكر فيه غير هذا الوجه،** أسنى المطالب ٢٣/٢.

(١١) **قال السبكي تعليلاً لعدم الجواز:** لأن القرض يملك بالتصرف ، وهذه الدراهم لم يتصرف فيها ، وإنما ردها إليه بحالها ، فكان ذلك فسخا للقرض " تكملة المجموع ١٣٩/١٠.

هذا، والقول بأن القرض يملك بالتصرف **هو مقابل الأصح،** لأنه ليس بتبرع محض، إذ يجب فيه البدل ، وليس على حقائق المعاوضات ، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله . **والأصح** : أنه يملك بالقبض ، لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه ، **ولو لم يملكه لما ملك التصرف فيه ، ولأن الملك** في الهبة يحصل بالقبض ، ففي القرض أولى، لأن للعوض مدخلا فيه . انظر : الحاوي ١٤٨/٥ ، فتح العزيز ٤٣٥/٤ ، مغني المحتاج ٣٥/٣.

ولا ينفسخ به (القرض)[١][٢]. **وهذا على قولنا: القرض يملك بالقبض** .

الخامسة[٣] **:** إذا اشترى دينارا بدراهم معلومة وتقابضا فجاء إليه (إنسان)[٤] وقال: ولنى[٥] الدينار بالثمن الذى اشتريت ، فقال : وليتك . فالعقد صحيح .

---

(١) ما بين القوسين في ب " العقد " .

(٢) **وهذا هو الوجه الثاني ، والأصح الثابت في نسخ الرافعي المعتمدة ، وقال الزركشي: هو الصواب الذى اتفقت نسخ الشرح الصغير على ترجيحه ، ونص عليه الشافعي في الأم، وكثير . منهم : الشيخ أبو حامد وأتباعه والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ والرويانى والشاشى والعمرانى والبغوى بناء على الأصح – كما ذكر المصنف – من أن القرض يملك بالقبض ، ولأنه دفعها قضاء عما عليه ، وذلك تصرف، كما إذا اشترى بها النصف الآخر من الدينار.** انظر: الأم ٤٠/٣ ، الحاوى ٨٠/٥ وفيه أن هذا الوجه فاسد ، فتح العزيز ٧٩/٤ ، تكملة المجموع ١٤٠/١٠ ، أسنى المطالب ٢٣/٢-٢٤ **وفيه أن المختار صحة العقد.**

هذا، وليعلم أن الخلاف في الوجهين ليس في العشرة المقبوضة أولا ، وإنما الخلاف في العشرة المستقرضة ثانيا ليردها إلى البائع عن الثمن .

قال الماوردى: " إذا تصارفا مائة دينار بألف درهم فتقابضا من المائة خمسين دينارا ثم افترقا وقد بقى خمسون دينارا كان الصرف في الخمسين الباقية باطلا ، ومذهب الشافعي جوازه في الخمسين المقبوضة **قولا واحدا**، لسلامة العقد وحدوث الفساد فيما بعد ، **وكان أبو إسحاق المروزى يخرج** الصرف في الخمسين المقبوضة **على قولين من تفريق الصفقة وليس هذا التخريج صحيحا**، لأن القولين في العقد الواحد إذا جمع جائزا وغير جائز في حال العقد . " الحاوى ٨٠/٥ .

وأما إذا استقرض منه عشرة أخرى غير ما دفع وردها إليه عن الثمن جاز ذلك **دون خلاف**. انظر الحاوى : ١٤٨/٥ ، فتح العزيز ٧٩/٤، روضة الطالبين ٣٨٠/٣ ، أسنى المطالب ٢٣/٢ .

(٣) أي المسألة الخامسة.

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٥) التولية في اللغة : أصلها تقليد العمل ، يقال : تولى الأمر : تقلده وقام به، والتولية في البيع: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة. انظر : القاموس المحيط ٤٠٤/٤ ، النظم المستعذب ٣٨٤/١ ، المصباح المنير ص ٢٥٨ ، المعجم الوجيز ص ٢٨٦.

والتولية في الاصطلاح : أن يشترى الرجل سلعة بثمن معلوم ، ثم يولى رجلا آخر تلك السلعة بالثمن الذى اشتراها به جنسا وقدرا وصفة.

وبعبارة أخرى: التولية هى : البيع برأس المال . انظر: أسنى المطالب ٩١/٢ ، النظم المستعذب ٣٨٤/١ ، الزاهر ص ٣١٨ .

ولابد من (تقابض) [١] العوضين في المجلس ، لأن التولية نوع من البيع، فيكون (حكمها) [٢] حكم البيع المبتدأ . [٣]

وهكذا لو قال له إنسان : أشركني[٤] فيه فأشركه ، (فلا) [٥]بد من تسليم الدينار شائعاً ، وقبض قدر الثمن في المجلس لما ذكرنا. [٦]

السادسة[٧] **:** إذا باع دارا عليها صفائح[٨] من فضه (يمكن جمعها)[٩] بذهب ففى صحة العقد **قولان** لاشتمال الصفقة على صرف وبيع[١٠].

---

(١) ما بين القوسين في ب " تقابل " والصحيح ما أثبت من الأصل ، لأنه مقتضى السياق، كما سيتضح ذلك من قراءته وقراءة هوامشه .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " حكمه " .

(٣) انظر: الأم ٤١/٣ وجاء فيه " الشركة والتولية بيعان من البيوع يحلهما ما يحل البيوع ، ويحرمهما ما يحرم البيوع ، فإن ولي رجلا حليا مصوغا ، أو أشركه فيه بعد ما يقبضه المولى ويتوازناه ، ولم يتفرقا قبل أن يتقابضا جاز، كما يجوز في البيوع، وإن تفرقا قبل أن يتقابضا فسد". فتح العزيز ٣١٧/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٥/٣ ، أسنى المطالب ٩١/٢ ، إخلاص الناوى ٩٧/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٥/٢ .

(٤) الإشراك: هو أن يشترى شيئاً ثم يشرك غيره فيه، ليصير بعضه له بقسطه من الثمن. انظر : روضة الطالبين ٥٢٦/٣.

(٥) ما بين القوسين في ب " ولا ".

(٦) أي في التولية من أنها نوع من البيع ، والإشراك كذلك بيع فتترتب عليه أحكامه من القدرة على التسليم، والتقابض إذا كان صرفا، وغيرهما من سائر الشروط. انظر: الأم ٤١/٣ ، فتح العزيز ٣١٨/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٥/٣-٥٢٦ ، أسنى المطالب ٩١/٢-٩٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٦/٢ وجاء فيه " والإشراك في بعض أى المشترى كالتولية في كله ... لأن الإشراك تولية في بعض المبيع ... " .

(٧) أي المسألة السادسة .

(٨) الصفائح : جمع صفيحة ، والصفيحة : كل عريض من حجارة أو لوح ونحوهما ، والصفيحة أيضاً: وعاء من الصفيح يحمل فيه البنزين والزيت ، ونحوهما ، والصفيح رقائق من الحديد تستعمل في صنع الأوعية وأغراض مختلفة ، وصفائح الباب : ألواحه. انظر: المعجم الوجيز ص ٣٦٥.

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يملك جميعها " والصحيح ما أثبت من ب .

(١٠) **وهذه المسألة تندرج تحت ما يسمى بالجمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة واحدة. وإذا حدث ذلك فتكون المسألة على قولين – كما ذكر المصنف . القول الأول: أنه لا يصح واحد من العقدين ، لأنهما مختلفا الحكم ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فبطل الجميع . القول الثاني: وهو الأظهر ، أنهما يصحان جميعاً، لأن كل واحد منهما قابل للعقد الذى أورده عليه على الانفراد ، فالجمع بينهما لا يضر، واختلاف الحكم لا أثر له ، ألا ترى أنه لو باع شقصا من دار وثوبا يجوز ، وإن اختلفا في حكم الشفعة ، واحتجنا إلى التوزيع بسببه . وعلى هذا القول ، فإن العوض ينقسم عليهما على قدر قيمتهما** . انظر : الحاوى ١٤٧/٥-١٤٨ ، المهذب ٣٥٨/١ ، فتح العزيز ١٥٥/٤-١٥٦ ، روضة الطالبين ٤٢٩/٣ ، المجموع ٤٨٣/٩ ، أسنى المطالب ٤٥/٢ **وفيه الجزم بالصحة.**

١١٤ ٤٦١٤

الرابعة [١]: إذا اشترى مالا منقولا من إنسان والمبيع في دار البائع ، ثم إن المشتري دخل دار البائع وقال له: أعرني بيتا في دارك لأترك البيع فيه (ففعل) [٢] يصير المشتري (قابضا) [٣]، إذا نقل المبيع إليه وإن كان في دار البائع ، لأن يد المشتري ثبتت عليه حقيقة ، وإنما يجعل الشيء في يد صاحب الدار إذا لم يكن للغير عليه حقيقة يد .

وهكذا لو استعار (منه) [٤] ظرفا[٥] وجمع المبيع فيه وتركه في دار البائع صار قابضا بحصول المال في يده حقيقة[٦].

الخامسة[٧] : إذا قال المشتري للبائع: أعرني بيتا (في دارك لأنقل المبيع إليه، أو قال: أعرني ظرفا)[٨] (واجمع) [٩] المبيع فيه ففعل[١٠] لا يصير المشتري قابضا[١١]، لأن الشيء لم يحصل في يد المشتري ، وليس يصلح البائع أن يكون نائبا عنه في القبض ، لأن القبض مستحق عليه ، فلا يبرئ نفسه بنفسه.[١٢]

---

(١) أي المسألة الرابعة .
(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(٥) الظرف : الوعاء ، وكل ما يستقر غيره فيه ، ومنه ظرف الزمان والمكان عند النحاة . والظرف أيضا: الحال . والجمع : ظروف. انظر : المعجم الوجيز ص ٤٠٠ .
(٦) انظر : فتح العزيز ٣٠٦/٤ ، الحاوى ٢٢٧/٥ ، المجموع ٣٣٥/٩ ، مغنى المحتاج ٤٦٨/٢. أسنى المطالب ٨٦/٢.
ومحل جعله قابضا في هذه الاستعارة من البائع إذا كان قد أذن له بنقله ، أما إذا لم يأذن له أو أذن له في مجرد التحويل وكان له حق الحبس فهو الآتي من كلام المصنف . انظر : فتح العزيز ٣٠٦/٤ ، المجموع ٣٣٥/٩ ، أسنى المطالب ٨٦/٢.
(٧) أي المسألة الخامسة .
(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(٩) ما بين القوسين فى ب " أجمع "، والصحيح ما أثبت من الأصل، لموافقته مقتضى السياق والتعليل بعده ، وكما هو مثبت فى أمهات كتب الشافعية .
(١٠) **وكان للبائع حق الحبس** . انظر : أسنى المطالب ٨٦/٢ ، حاشية الجمل ١٧٠/٣ . **أو أن الذي فعل ذلك ونقل المبيع هو البائع وليس المشتري حتى يوافق ذلك تعليل المصنف**.
(١١) قبضا مجوزا للتصرف فيه . **وذلك لأن** يد البائع عليه وعلى ما فيه ، **ولأن** العرف لا يعده قبضا ، بل يدخل في ضمانه لاستيلائه عليه .
والمراد من دخوله في ضمانه أي ضمان يد وضمان عقد . أما ضمان اليد فينبني على أنه لو تلف عند المشتري ثم خرج مستحقا فإن المالك يطالب المشتري وهو يرجع على البائع بما يغرمه من بدله ، ويتبين أن لا عقد فيرجع بثمنه على البائع إن كان قبضه وإلا سقط عنه . **أما ضمان العقد** فينبني على أنه لو تلف عند المشتري بل أو عند البائع فيما لو أرجعه المشتري للتوثق به إن كان له حق الحبس ولو كان هذا التلف بفعل البائع فإن العقد لا ينفسخ ولا يسقط الثمن عن المشترى ؛ لأن هذا القبض كاف في نقل الضمان عن البائع.
وقد اعتمد السبكي أنه ضمان يد وقال : عبارة الرافعي والبغوي غير صريحة في ضمان العقد . انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، المجموع ٣٣٦/٩ ، أسنى المطالب مع حاشية الرملي عليه ٨٦/٢ ، حاشية الجمل ١٧٠/٣ ــ ١٧١ .
(١٢) أما لو نقل المشتري المبيع إلى مكان لا يختص بالبائع كمسجد وشارع وملك للمشتري فهو قبض وإن لم يأذن له البائع ، إلا أن يكون له حق الحبس فلابد من إذنه .
انظر : المجموع ٣٣٥/٩ ، أسنى المطالب ٨٦/٢-٨٧ ، مغنى المحتاج ٤٦٨/٢.

السادسة[١] : إذا دفع المشتري ظرفا إلى البائع وقال (له)[٢]: اجمع المبيع فيه ففعل لا يخرج (البائع) [٣]عن الضمان ، لأنه لم يوجد ما يمكن أن يكون قبضاً .

وأما الظرف هل يكون مضموناً على البائع أم لا ؟ **نظرنا** . فإن كان المبيع معينا لا يكون الظرف مضموناً ، لأنه غير مستعمل ملك المشتري في منفعة نفسه ، ولكنه شغل ملكه بملكه بإذنه ، وأما إذا كان المبيع غير معين وهو المسلم فيه فالظرف في ضمانه ، لأن الذي عينه لا يصير ملكا له إلا بالتسليم (و) [٤] ما (دام) [٥] في يده فهو ملكه ، وله أن يمسكه ويسلم إلى المستحق (غيره) [٦] ، فقد صار مستعملاً ملك الغير في ملك نفسه بإذنه (فكان عارية). [٧][٨]

السابعة [٩]: إذا كان له طعام في ذمة إنسان سلما فجاء فطالبه به فقال : لي على فلان مثل الطعام الذي لك عليَ (سلما) [١٠] ، وأنا أريد أن أقضي حقك به. **فللمسألة خمسة أحوال** .

(إحداها) [١١]: أن يقول (له) [١٢]: مر إليه (فاقبضه) [١٣] لنفسك ، فهذا في الحقيقة إحالة[١٤] بالمسلم فيه على المسلم فيه وذلك غير جائز على ما سنذكره.[١٥]

---

(١) أي المسألة السادسة .
(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(٣) ما بين القوسين سقط من ب .
(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(٥) ما بين القوسين سقط من ب.
(٦) ما بين القوسين في ب لا يقرأ.
(٧) ما بين القوسين سقط من ب.
(٨) والعارية مضمونة . انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، المجموع ٣٣٦/٩ ، روضة الطالبين ٥١٧/٣ ، أسنى المطالب ٨٧/٢ .
ولو قال للبائع أرعني ظرفك واجعل المبيع فيه ففعل ، لا يصير المشتري قابضا ، ولا ضامنا للظرف ، لأنه لم يحصل في يده .انظر : المراجع السابقة.
(٩) أي المسألة السابعة .
(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " سليما " والصحيح ما أثبت من ب ، لأنه مقتضى السياق .
(١١) ما بين القوسين في ب " أحدها " .
(١٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(١٣) ما بين القوسين في ب " اقبضه " .
(١٤) الحوالة في اللغة : هي بفتح الحاء أفصح من كسرها من التحول والانتقال ، من قولهم حال عن العهد : إذا انتقل عنه وتغير . انظر : القاموس المحيط ٣٧٥/٣ ، المصباح المنير ص ٦١ ، النظم المستعذب ٤٤٤/١ ، المعجم الوجيز ص ١٧٩ .
والحوالة شرعا : عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة. وتطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى.
والأول هو غالب استعمال الفقهاء . انظر : مغني المحتاج ١٨٩/٣ ، أسنى المطالب ٢٣٠/٢، غاية البيان ص ٢٩٨.
(١٥) أي في باب الحوالة . وذلك أنها لا تصح بما لا يجوز الاعتياض عنه كدين السلم، فلا تصح الحوالة به ولا عليه وإن كان لازما. انظر : مغني المحتاج ١٩١/٣ ، أسنى المطالب ٢٣٠/٢ ، حاشية الجمل ٣٧٣/٣ . وانظر في هذه الحالة : فتح العزيز ٣٠٨/٤ ، روضة الطالبين ٥١٩/٣ ، الغرر البهية ٦/٣ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ ، مغني المحتاج ٤٧١/٢.

٤٦١٦ ١١٤

(**الثانية**[١] : قال له تعال معي حتى نكتال من طعامه بحضوري لنفسك ففعل لا يصير قابضاً ، لأن هذا في الحقيقة كأنه أخذ بدل المسلم فيه ديناً في ذمة الغير ، ولو أراد أن يعتاض عن المسلم فيه عينا لا يجوز ، فكيف يجوز أن يعتاض عنه ديناً؟!)[٢]

فرع : إذا قبض في هاتين الصورتين لا يصح قبضه لنفسه ، وهل يصح قبضه للآمر أم لا[٣] ؟ **فيه وجهان.**[٤] **أحدهما** : يحصل القبض[٥] لأنه قبض بإذنه ، فصار كالوكيل إذا قبض. **والثاني** : لا يصح[٦] ، لأنه أذن له في القبض لنفسه، ولم يجعله نائباً.[٧]

وأصل المسألة : إذا باع نجوم الكتابة وقبضها المشتري هل يعتق المكاتب أم لا؟ فيه قولان وسنذكره[٨].

---

(١) أي **الحالة الثانية** . وقد سقطت من الأصل هي والفرع الذي بعدها .

(٢) انظر : المجموع ٣٣٨/٩ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٢/٤ ، الغرر البهية ٦/٣ ، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٨٨/٢ **وجاء فيه تعليلاً لفساد القبض في هذه الحالة وغيرها** " ولأن الإقباض هنا متعدد ، ومن شرط صحته الكيل، فلزم تعدد الكيل ، والكيلان قد يقع بينهما تفاوت ، فلم يجز الاقتصار على الكيل الأول ، لجواز أنه لو جدده لظهر فيه تفاوت ".

وعلى هذا إذا فسد القبض فالمقبوض مضمون على القابض. انظر : المراجع السابقة.

(٣) **وبعبارة أخرى** : هل تبرأ ذمة الدافع عن حق صاحبه الذي دفعه لمن تحول إليه ؟

(٤) **خرجهما ابن أبي هريرة** : انظر : الحاوي ٢٣٢/٥ .

(٥) **وهو الأصح ، وبه جزم كثيرون كالشيخ زكريا الأنصاري والخطيب الشربيني وغيرهما** . انظر : الحاوي ٢٣٢/٥ ، فتح العزيز ٣٠٨/٤ ، المجموع ٣٣٨/٩، أسنى المطالب ٨٨/٢ ، مغني المحتاج ٤٧١/٢.

(٦) **وهو الوجه المقابل للأصح ، وهو اختيار المصنف كما سيعلم من خلال كلامه.**

(٧) وبناء عليه يجب على القابض رد المقبوض إلى الدافع . انظر : الحاوي ٢٣٣/٥، فتح العزيز ٣٠٨/٤ ، روضة الطالبين ٥١٩/٣.

(٨) **وتحقيق ذلك كالآتي** : **بداية: لا يصح بيع نجوم الكتابة ، لأنها غير مستقرة ، ولأن المسلم فيه لا يصح بيعه مع لزومه من الطرفين، لتطرق السقوط إليه، فالنجوم بذلك أولى. إلا أن الإمام النووي صحح في المبيع قبل قبضه أن بيع الدين لغير من هو عليه صحيح ، ومقتضاه ترجيح بيع النجوم** . انظر: روضة الطالبين ٥١٤/٣ ، مغني المحتاج ٤٩٨/٦.

وعلى هذا: لو باع السيد النجوم وأدى المكاتب النجوم إلى المشتري هل يعتق المكاتب أم لا ؟ فيه قولان . الأول : وهو الأظهر ، أنه لا يعتق وإن تضمن البيع الإذن في قبضها، لأن الإذن في مقابلة سلامة العوض فلم تسلم ، فلم يبق الإذن .

وعلى هذا يطالب السيد المكاتب بها والمكاتب المشتري بما أخذ منه . الثاني : وهو مقابل الأظهر، أنه يعتق ، لأن السيد سلط المشتري على قبضها منه ، فأشبه الوكيل.

ورد القول الأول على الثاني بأن المشتري يقبض النجوم لنفسه ، بخلاف الوكيل . وتعقب الثاني هذا بقوله : بأن ما أخذه المشتري يعطيه للسيد ، لأنه جعله كوكيله. انظر: مغني المحتاج ٤٩٨/٦ ، شرح جلال الدين المحلي ٣٧٠/٤.

وبعد ذكر ما مر من أن الأظهر أن المكاتب لا يعتق . أقول : تصحيح النووي لبيع الدين لغير من هو عليه يعكس القضية فيكون الأرجح أنه يعتق. وبناء عليه قال هو والرافعي : الأصح أن القبض يحصل في المسألة التي معنا ، وهو الذي جزم به كثيرون منهم الخطيب الشربيني – كما سبق ذكره . ومع هذا لم يرتض الخطيب الشربيني تصحيح النووي لبيع الدين لغير من هو عليه . قال " ولا يصح بيع النجوم، لأنها غير مستقرة ... وهذا يسقط ما قيل: إن المصنف -أي النووي – صحح في الروضة في باب المبيع قبل قبضه أن بيع الدين لغير من هو عليه صحيح، ومقتضاه ترجيح بيع النجوم " مغني المحتاج ٤٩٨/٦ .

١٨٤ ٤٦١٧

ووجه الشبه: أن البيع هناك لم يصح ، فكان قبضه قبض مال الغير بنفسه كما في مسألتنا سواء . **فإذا قلنا:** يصح القبض انتقل الملك فيه إليه. **وإذا قلنا:** لا يصح فالشيء على ملكه كما كان) [١]

(الحالة)[٢]**(الثالثة):**[٣] (لو) [٤] قال : تعال معي حتى أكتاله لنفسي وتشاهد الكيل وتأخذ أنت بذلك الكيل ففعل ، فقبضه لنفسه صحيح . ولكن قبض هذا الثاني منه ليس بقبض تام . بل يكون بمنزلة ما لو قبض الطعام منه جزافا ، ولابد من الكيل ثانيا[٥] لما (روى) [٦] جابر[٧] أن النبي (عليه السلام) [٨] " نهى عن بيع الطعام(*)[٩] حتى يجري فيه الصاعان[١٠] صاع البائع (*)[١١]وصاع المشتري"[١٢] وهو محمول على هذه الصورة. (و)[١٣]لأنه استحق عليه الكيل ، وقد يقع بين الكيلين تفاوت في العادة. **فقلنا:** عليه أن يكيل ثانيا ، حتى إن فضل شيء أخذه ، وإن نقص شيء كمله[١٤].

---

(١) انظر: فتح العزيز ٣٠٨/٤ ، المجموع ٣٣٨/٩ ، روضة الطالبين ٥١٩/٣.

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٣) ما بين القوسين في الأصل " الثامنة " وفي ب " الثانية " وهو خطأ فيهما ، والصحيح ما أثبت بالصلب ، لأنه الحالة الثالثة كما هو واضح من قراءة السياق قبل ذلك وبعده .

(٤) ما بين القوسين سقط من ب .

(٥) انظر : فتح العزيز ٣٠٨/٤ ، المجموع ٣٣٨/٩ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ ، حاشية الرملي ٨٨/٢، مغني المحتاج ٤٧١/٢ .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ .

(٧) جابر : هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن غنم بن كعب بن سلمة الأنصاري السلمي الفقيه ، مفتي المدينة في زمانه ، يكنى أبا عبد الله ، شهد بيعة العقبة مع السبعين من الأنصار ، وكان أصغرهم يومئذ ، أراد شهود بدر فخلفه أبوه على أخواته وكن تسعا، وخلفه أيضا يوم أحد ، ثم شهد ما بعد ذلك ، وقد غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم تسع عشرة غزوة ، عاش رضي الله عنه ٩٤ سنة وتوفي بالمدينة ، وقيل: بمكة بعد أن ذهب بصره سنة ثمان وسبعين ، وقيل: أربع وسبعين ، وقيل: سبع وسبعين . انظر : صفة الصفوة ٣٢٨/١ ، أسد الغابة ٢١٩/١ وما بعدها ، شذرات الذهب ٨٤/١.

(٨) ما بين القوسين في ب " صلى الله عليه وسلم " .

(٩) ما بين القوسين يوجد مكانه في ب " جزافا، ولابد من الكيل ثانيا لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام " وهو تكرار في السياق فحذف استقامة له كما هو مثبت من الأصل .

(١٠) الصاع : مكيال تكال به الحبوب ونحوها ، وصاع النبي صلى الله عليه وسلم الذي بالمدينة أربعة أمداد وذلك خمسة أرطال وثلث بالبغدادي . والمد : كيل وهو رطل وثلث عند أهل الحجاز، فهو ربع صاع ، والمد رطلان عند أهل العراق ، والجمع أمداد ومداد بالكسر. والرطل : معيار يوزن به ، وكسره أشهر من فتحة ، يختلف باختلاف البلاد ، وفي مصر اثنتا عشرة أوقية ، والأوقية اثنا عشر درهما . انظر: المصباح المنير ص ٨٨ ، ١٣٤ ، ٢١٦ ، المعجم الوجيز ص ٢٦٧ ، ٣٧٤ ، ٥٧٥.

(١١) ما بين القوسين يوجد مكانه في ب " وصاع البائع " وهو تكرار مخل بالمعنى فحذف.

(١٢) **الحديث أخرجه:** ابن ماجة في سننه ٧٥٠/٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٣١٦/٥، والدارقطني في سننه ٨/٣ . قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير ٧٢/٢ " رواه ابن ماجة والدارقطني من رواية جابر بإسناد ضعيف ". وقال الزيلعي في نصب الراية ٣٤/٤ " وهو معلول " .

(١٣) ما بين القوسين سقط من ب .

(١٤) انظر : مغني المحتاج ٤٧١/٢ **وجاء أيضا تعليلا لفساد قبض الثاني : أنه قد اتحد القابض والمقبض ، والشرط ألا يكون القابض والمقبض واحدا** . أسنى المطالب مع حاشية الرملي عليه ٨٨/٢ . **وعلى هذا لو قبضه الثاني يكون مضمونا عليه** . انظر : روضة الطالبين ٥١٩/٣ ، مغني المحتاج ٤٧١/٢.

٤٦١٨ ج١١

فرع: فلو أنه بعدما قبضه كاله إما بإذن من عليه الحق أو بغير إذنه **ففيه وجهان** كما ذكرنا فيمن اشترى طعاماً معيناً مكايلة وقبضه جزافا ثم كاله[١].

الحالة الرابعة: أن يملأ المكيال[٢] ولا يفرغه، ويقول **له:** تسلم لنفسك وفرغه **ففيه وجهان. أحدهما:** لا يتم القبض (حتى يكال ثانياً، للنهي الذي روينا[٣].

والثاني: يتم القبض)[٤][٥]، لأن استدامة الشيء قد يقوم مقام الابتداء، فيجعل استدامة الكيل بمنزلة ابتداء الكيل[٦].

الحالة الخامسة: اكتال الطعام ممن عليه الحق، (وكال)[٧] عليه ثانياً فقد تم القبض، لأنه جرى فيه الصاعان[٨].

التاسعة [٩]: إذا كان له طعام في ذمة إنسان إما قرضا أو سلما ، فلما طالبه (به) [١٠] **قال** : خذ هذه الدنانير واشتر بها الطعام لنفسك ، فالدنانير أمانة[١١] في يده ، لأنه ما أخذها ليتملكها، ولكن ليحصل بها ما يتملكه.

فإذا اشترى الطعام **نظرنا** . فإن اشترى في الذمة (فالشراء) [١٢] واقع له، وعليه الثمن[١٣]، وليس له أن يسلم الدنانير إلى البائع ، فإن سلم(جعل)[١٤]

---

(١) **الوجه الأول :** يتم به القبض . لأن المقصود منه معرفة المقدار ، وقد حصل. فعلى هذا يصح قبضه لنفسه ، وإنما الممتنع أن يقبض من نفسه لغيره ، **وهذا الوجه ضعيف**. **والوجه الثاني : وهو الصحيح** ، لا يجوز ، لأن الكيل صفة للقبض ، ولا يجوز للمشتري أن يقبض بنفسه ، ولا أن يكيل بنفسه ، لاتحاد القابض والمقبض ، وامتناع كونه وكيلا لغيره في حق نفسه . انظر : المخطوط ورقة ١٠/ب ، فتح العزيز ٣١٠/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٠/٣ .

(٢) المكيال : ما يكال به وجمعه مكاييل . انظر : المعجم الوجيز ص ٥٤٧.

(٣) وهو الحديث السابق الذي رواه جابر . **وهذا الوجه هو مقابل الأصح**.

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٥) **وهو الأصح ، وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري** . انظر : فتح العزيز ٣٠٩/٤ ، المجموع ٣٣٨/٩ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ .

(٦) وهذه الصورة كما تجرى في ديني السلم تجرى فيما لو كان أحدهما مستحقا في السلم والآخر بقرض أو إتلاف . انظر : روضة الطالبين ٥٢٠/٣ .

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وكان " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب.

(٨) ولعدم اتحاد القابض والمقبض .
فإن زاد أو نقص حين كاله ثانيا بما يتفاوت بالكيل – أى بقدر يقع بين الكيلين - لم يؤثر ، فتكون الزيادة للبائع ، والنقص عليه ، ولا رجوع له، وإن زاد أو نقص بما لا يتفاوت بين الكيلين فالكيل الأول غلط ، فيستدرك ، أى يرد البائع الزيادة لمن عليه الحق ، ويرجع بالنقص . انظر : فتح العزيز ٣٠٩/٤ ، روضة الطالبين ٥١٩/٣ ، المجموع ٣٣٨/٩ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ .

(٩) أى المسألة التاسعة .

(١٠) ما بين القوسين سقط من ب .

(١١) والتوكيل فاسد ، إذ كيف يشتري بمال الغير لنفسه ، انظر : الحاوى ٢٣٢/٥ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ ، فتح العزيز ٣١٠/٤ .

(١٢) ما بين القوسين في ب " فالشرى " .

(١٣) أى من ماله . **قال الرافعي** : " فإن اشترى **نظر** ، إن اشترى في الذمة وقع عنه ، وأدى الثمن من ماله " فتح العزيز ٣١٠/٤ ، وانظر أيضاً: المجموع ٣٣٩/٩.

(١٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " حصل " .

ضامناً له ، وإن اشترى بعين الدنانير (*)(١) فالعقد باطل **على الصحيح من المذهب**(٢) ، لأنه لا يجوز أن يشترى بدنانير الغير لنفسه .

فأما إذا أعطاه الدنانير وقال : اشتر بها الطعام لي ثم اقبضه لنفسك، (وذهب ففعل فالشراء صحيح ، إلا أنه إذا قبض لنفسه)(٣) لا يصح القبض ، لأنه لا يجوز أن يقبض مال الغير لنفسه(٤).

وهل يصح القبض للمالك (أم لا)(٥)(٦) ؟ **فعلى ما ذكرنا من الوجهين**(٧)، وقد أشرنا إلى أصله في الكتابة .

وأما إن قال: اشتر بها الطعام لي واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فالشراء صحيح، والقبض للمالك صحيح ، فأما إذا كان على نفسه فالقبض لا يصح،(٨) لأنه لا يجوز أن يكون وكيلا للغير في حق نفسه ، كما لا يجوز أن يبيع من نفسه (٩)، ويخالف ما لو تسلم الطعام جزافا (وتولى)(١٠) الكيل جاز **في وجه**، لأن هناك تقبض من الغير ، وإنما (تولى)(١١) معرفة المقدار ، وهاهنا من نفسه تقبض فلم يجز(١٢) .

---

(١) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " إلى البائع " والسياق يقتضي حذف ذلك حتى يستقيم المعنى كما هو مثبت من ب .

(٢) **وبه جزم الإمام الماوردي والشيخ زكريا الأنصاري.** انظر : الحاوى ٢٣٣/٥ ، فتح العزيز ٣١٠/٤ ، روضة الطالبين ٥٢١/٣ ، أسنى المطالب ٨٨/٢. **والوجه الثاني : وذكره ابن سريج** ، أنه لو اشترى بعين الدنانير فالعقد صحيح .انظر : فتح العزيز ٣١٠/٤ ، المجموع ٣٣٩/٩ .

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٤) ويكون المقبوض مضمونا عليه ، لاستيلائه عليه . انظر : الحاوى ٢٣٢/٥، المجموع ٣٣٩/٩ ، أسنى المطالب ٨٨/٢.

(٥) ما بين القوسين سقط من ب .

(٦) **وبعبارة أخرى** : هل تبرأ ذمة الدافع من حق الموكل أم لا ؟

(٧) **الوجه الأول : وهو الأصح ، وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري وغيره** ، أن القبض يحصل، لأنه قبض بإذنه ، فصار كالوكيل إذا قبض . انظر : الحاوى ٢٣٢/٥ ، فتح العزيز ٣٠٨/٤، المجموع ٣٣٨/٩، أسنى المطالب ٨٨/٢، مغنى المحتاج ٤٧١/٢.

والوجه الثاني : وهو المقابل للأصح ، أن القبض للمالك لا يصح ، لأنه أذن له في القبض لنفسه . ولم يجعله نائبا. انظر : فتح العزيز ٣٠٨/٤، روضة الطالبين ٥١٩/٣ .

وأصل المسألة إذا باع نجوم الكتابة وقبضها المشتري هل يعتق المكاتب أم لا ؟ **فيه قولان**.وقد سبق ذكر ذلك تفصيلا.انظر: المخطوط ورقة ١٧/ب.

(٨) **هذا هو المشهور ، وبه جزم المصنف ، وتبعه في ذلك آخرون** . الحاوى ٢٣٢/٥، فتح العزيز ٣١٠/٤ ، المجموع ٣٣٩/٩ ، أسنى المطالب ٨٨/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧١/٢ .

(٩) **وأيضا** لاتحاد القابض والمقبض ، والشرط أن لا يكون القابض والمقبض واحدا. انظر : فتح العزيز ٣١٠/٤ ، المجموع ٣٣٩/٩ ، مغنى المحتاج ٤٧١/٢ .

وفي المسألة وجه آخر حكاه المسعودى . أنه يصح قبضه لنفسه ، وإنما الممتنع أن يقبض من نفسه لغيره . **وهو ضعيف – كما عبر بذلك النووى** . انظر : فتح العزيز ٣١٠/٤ ، المجموع ٣٣٩/٩ ، روضة الطالبين ٥٢٠/٣ .

(١٠) ما بين القوسين في ب " فإن تولى " .

(١١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(١٢) انظر : المخطوط ورقة ١٠/ب . وقد سبق ذكر ذلك تفصيلا هناك .

العاشرة(١) : إذا كان المبيع جاريه فوطئها في يد البائع لا يصير قابضا لها، حتى لو هلكت يسقط الثمن(٢).

(حكى) (٣) **عن أبى حنيفة أنه قال** : يصير قابضا(٤).

ودليلنا: أن الوطء ليس (سبباً لضمان) (٥) العين ، بدليل أنه لوزنا بجارية إنسان لا يصير غاصبا، وإذا لم يكن سببا لضمان (العين)(٦) لا يحصل به القبض كالاستخدام(٧).

---

(١) أى المسألة العاشرة .

(٢) **وهذا هو الصحيح من الوجهين، وبه قطع المصنف والجمهور من الأصحاب.**
ومقابله : أنه يصير قابضا .انظر : المجموع ٣٣٥/٩ ، روضة الطالبين ٥١٥/٣، أسنى الطالب ٨٦/٢ ، مغنى المحتاج ٤٦٨/٢.
ومحل عدم القبض إن كان بغير إذن البائع ، فإن كان بإذنه حصل القبض .

(٣) ما بين القوسين في ب " يحكى ".

(٤) انظر: الهداية ٢٥١/٦ ، الكفاية ٢٥١/٦-٢٥٢ ، العناية ٢٥١/٦ ، بدائع الصنائع ٣٦٤/٥ وجاء فيه " **وأما بيان** ما يصير به المشترى قابضاً للمبيع من التصرفات وما لا يصير به قابضا ... فإن كان في يد البائع فأتلفه المشتري صار قابضا له ، لأنه صار قابضا بالتخلية فبالإتلاف أولى ...... وكل تصرف نقص شيئاً ، لأن هذه الأفعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ، ثم بالتخليةصار قابضاً ، فبها أولى ... ولو أعتقه المشتري يصير قابضا ... وكذا لو دبره أو استولد الجارية أى أقر أنها أم ولد له، لأن التدبير أو الاستيلاد تنقيص حكما ، فكان ملحقا بالتنقيص حقيقة، ولو زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً **فالقياس** أن يصير قابضا **وهو رواية عن أبى يوسف وفي الاستحسان** لا يصير قابضاً ... ولو وطئها الزوج في يد البائع صار المشتري قابضا، لأن الوطء إثبات اليد على الموطوءة ، وأنه حصل من الزوج بتسليط المشتري ، فكان من حيث إنه إثبات اليد مضافا إلى المشتري ، فكان قابضا من المشتري"، شرح فتح القدير ٢٥١/٦-٢٥٢ جاء فيه " ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز ووطء الزوج قبض من المشتري . أما الأول فلوجود سبب ولاية الإنكاح على الأمة ... وأما الثاني فلأن وطء الزوج حصل بتسليط من المشترى ، فصار فعله كفعل المشتري ، ولو وطئها المشتري كان قابضا فكذلك الزوج " .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بسبب الضمان " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب كما سيتضح ذلك من قراءة السياق .

(٦) ما بين القوسين سقط من ب .

(٧) انظر : روضة الطالبين ٥١٥/٣ ، المجموع ٣٣٥/٩ ، أسنى المطالب ٨٦/٢ ، مغنى المحتاج ٤٦٨/٢ .
وعلى هذا فلا يكفي لقبض الدابة ركوبها واقفة ، ولا لقبض العبد استعماله ، بل لابد أن يأمر العبد بالانتقال من موضعه ، وأن يسوق الدابة أو يقودها . انظر : المجموع ٣٣٥/٩ ، روضة الطالبين ٥١٥/٣ ، أسنى المطالب ٨٦/٢.
هذا ، وليعلم أن الإمام الرافعي ذكر في باب الغصب فيمن ركب دابة الغير أو جلس على فراشه وجهين . الوجه الأول : وهو الأصح ، أنه يكون غاصبا لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء . **والوجه الثاني** : أنه لا بد من النقل حتى يصير غاصباً ، كما أنه لابد منه في قبض المبيع .

(وإذا) [١] جوزنا فلابد من تسليم الدار وما يقابل الصفائح من البدل في المجلس فأما ما يقابل الدار فلا يعتبر قبضه في المجلس (*)[٢].

فروع ثلاثة.

أحدها: (إذا) [٣] باع دارا عليها صفائح ذهب بدار عليها صفائح فضه ، وأمكن جمع الذهب والفضة من الدارين، **وقلنا:** يصح العقد[٤] فلابد من قبض الدارين في المجلس، (لأن) [٥] قبض ما عليهما من (الذهب) [٦] والفضة بقبض (الدارين) [٧].

الثاني[٨] : الشفيع إذا أراد أن يأخذ الشقص بالشفعة فلابد أن يسلم قدر ما يقابل الصفائح في المجلس ويتسلم الدار ، لأن الشفعة حكم المعاوضات . وإنما يسقط فيه اعتبار الرضى لأنه مشروع لدفع الضرر[٩]. **فأما** قدر (ما) [١٠] يقابل الدار لا يجب تسليمه[١١].

الثالث[١٢] : لو باع ثوبا ودينارا بثوب وعشرة دراهم **وقلنا:** يصح العقد[١٣] فقبض (الثوبين و)[١٤] ما يقابلها من البدل (ليس بشرط ، **فأما** قدر ما يقابل الذهب من الدراهم يشترط تقابضهما) [١٥] في المجلس، لأنه صرف. **فلو** تفرقا قبل القبض بطل العقد فيه ، وفي الباقي **(قولا)** [١٦] تفريق الصفقة. [١٧]

---

(١) ما بين القوسين في ب " فإن " .
(٢) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " فأما ما يقابل الدار فلا " وهو تكرار لما سبق فحذف استقامة للسياق .
(٣) ما بين القوسين في ب " لو " .
(٤) **على القول بالأظهر** – كما سبق .
(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " أن ما " والصحيح ما أثبت من ب استقامة للسياق .
(٦) ما بين القوسين مثبت من ب وقد سقط من صلب الأصل، حيث إنه قد أشير إلى هذا السقط في جانب اللوحة من نفس النسخة .
(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "الدينارين"وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من ب.
(٨) أي الفرع الثاني .
(٩) **قال الشيخ زكريا الأنصاري : " والمعنى فيه** دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق في الحصة الصائرة إليه " أسنى المطالب ٣٦٣/٢ .
وقيل المعنى فيه : دفع ضرر المشاركة. انظر: مغنى المحتاج ٣٧٣/٣.
(١٠) ما بين القوسين في ب غير واضح .
(١١) انظر في اشتراط التقابض من عدمه : فتح العزيز ٧٥/٤-٧٦ ، روضة الطالبين ٣٧٨/٣ .
(١٢) أى الفرع الثالث .
(١٣) **على القول بالأظهر** – كما سبق ذكره .
(١٤) ما بين القوسين سقط من ب .
(١٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(١٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يبنى على " ، والأولى ما أثبت من ب لمناسبته للقولين .
(١٧)**القول الأول :** أنه يصح، **وهو الأظهر. والثاني :** لا يصح . **انظر :** المهذب ٣٥٧/١– ٣٥٨ ، روضة الطالبين ٤٢١/٣ ، المجموع ٤٧١/٩.

السابعة[1] : لو باع صبرة حنطة بصبرة شعير مكايلة صاعا بصاع، وتقابضا جزافا، ثم تفرقا قبل الكيل ، أو تبادلا آنية ذهب بآنية فضة موازنة كل مثقال من الذهب بمبلغ معلوم من الفضة ، وتقابضا وتفرقا قبل الوزن ، هل يبطل العقد أم لا؟ **فيه وجهان. أحدهما** : لا يبطل العقد [2]، لأن القبض قد وجد في المجلس.
والثاني: يبطل[3]. (لأن القبض) [4]لم يتم ، بل بقي بينهما علقة ، والشرط في الصرف أن يتفرقا ولا علقة بينهما . ولهذا لو شرط فيه الخيار بطل.

---

(١) أي المسألة السابعة .
(٢) **وهو الأصح ، وبه جزم البعض كالشيخ زكريا الأنصارى والخطيب الشربيني وغيرهما.** انظر : فتح العزيز ٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٣٨٣/٣ ، أسنى المطالب ٢٥/٢ ، مغنى المحتاج ٣٧٠/٢، تكملة المجموع للسبكى ٢٠٨/١٠ .
(٣) **وهو مقابل الأصح .** انظر : فتح العزيز ٨٣/٤ ، تكملة المجموع للسبكي ٢٠٨/١٠ **قال ابن الرفعة عن هذا الوجه : إنه الأشبه . وقوى السبكى القول بالبطلان ، لأن الشافعي وسائر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين جازمون بأن القبض فيما يباع مكايلة لابد فيه من الكيل . قال الشافعي في الأم ٨٧/٣ " ومن ابتاع طعاما كيلا فقبضه أن يكتاله " وقال في مختصر المزنى ٩٢/٩ " ولو أعطاه طعاما فصدقه في كيله لم يجز" ويعضده مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم – وقد سبق تخريجه – "لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء " فاقتضى اشتراط ألا يبقي شيء من العلق، ومن جملة ذلك الكيل . هذا ، وقد بنى الإمام وغيره الوجهين على أصل. وهو أن القبض على هذه الصفة (المجازفة) من غير مكايلة هل يكون قبضا صحيحا في انبرام العقد أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، لم يبطل العقد ، لانتقال الضمان . وإن قلنا: لا، فوجهان . أحدهما : يبطل، لنقصان القبض وعدم التصرف . وبه جزم البعض ، والثاني : لا يبطل ، لجريان القبض، واقتضائه لنقل الضمان، وقد رجح صاحب البيان الإمام العمراني . أن هذا القبض المذكور صحيح، ومقتضاه أن لا يبطل العقد بالتفرق حينئذ . انظر : تكملة المجموع للسبكي ٢٠٨/١٠-٢١٠.**
ولإتمام المسألة أذكر ما نقله الرافعي والنووى وغيرهما قبل ذكرهما للوجهين السابقين. لو قال: بعتك هذه الصبرة بتلك الصبرة مكايلة أو كيلا بكيل، أو هذه الدراهم بتلك موازنة ، أو وزنا بوزن ، فإن كالا أو وزنا وخرجتا متساويتين صح العقد، وإلا فقولان . أظهرهما: البطلان، لأنه قابل الجملة بالجملة ، وهما متفاوتان. وبه جزم البعض. والثانى: أنه يصح في الكبيرة بقدر ما يقابل الصغيرة، لمقابلته صاعا بصاع ، ولمشترى الكبيرة الخيار إذا لم يسلم له جميعها . وحيث قلنا: بالصحة فلو تفرقا بعد تقابض الجملتين وقبل الكيل والوزن فهل يبطل العقد ؟ فيه الوجهان السابقان في كلام المصنف.
وأما لو قال: بعتك هذه الصبرة بكيلها من صبرتك، وصبرته صغيرة وصبرة المخاطب كبيرة صح لحصول المماثلة بين العوضين ، ثم إن كالا في المجلس وتقابضا تم العقد، وما زاد من الكبيرة لصاحبها، وإن تقابضا الجملتين وتفرقا قبل الكيل فعلى ما سبق من الوجهين.
ولو باع صبرة حنطة بصبرة شعير جزافا جاز لعدم اشتراط المماثلة في الجنسين ، ولو باعها صاعا بصاع ، أو بصاعين . قال الرافعي : " فالحكم كما لو كانتا من جنس واحد " بمعنى عدم الجواز . إلا أن النووى قال : " قلت: قال أكثر أصحابنا : إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير ، صاعا بصاع وخرجتا متساويتين صح ، وإن تفاضلتا فرضى صاحب الزائدة بتسليم الزيادة تم البيع ، ولزم الآخر قبولها ، وإن صاحب الناقصة بقدرها من الزائدة ، أقر العقد ، وإن تشاحا فسخ البيع " . فتح العزيز ٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٣٨٣/٣-٣٨٤ . وانظر أيضا : المهذب ٢٠٥/١ الغرر ٤١٦/٢ ، أسنى المطالب ٢٤/٢-٢٥ ، مغنى المحتاج ٣٧٠/٢، تكملة المجموع للسبكى ٢٠٥/١٠.
(٤) ما بين القوسين في ب " لأنه " .

وعلى هذا لو اشترى حليا من فضة على من ذهب غائبين(١) وتقابضا في المجلس في طرف وما رأيا وتفرقا فهل يبطل العقد أم لا ؟ **فعلى وجهين**(٢).

أحدهما: لا يبطل (٣)، لوجود القبض.

والثاني : يبطل ، لأنه بقي بينهما علقة ، وهو خيار الرؤية .

والأول أظهر ، لأنهما لو تقابضا عوض الصرف ، وظهر بأحد العوضين أو بهما عيب فالعقد صحيح(٤). وإن كان الاطلاع على العيب يثبت حق الرد.

---

(١) **وحكم بيع العين الغائبة على ضربين. موصوفة وغير موصوفة .**
فإن كانت غير موصوفة ، فبيعها باطل.
وإن كانت موصوفة ففى جواز بيعها قولان.
القول الأول: أنه يصح . قاله الشافعي رضى الله عنه في القديم والإملاء ونص عليه في الصرف . والصلح والصداق والمزارعة . وهذا القول قال به الجمهور من الأصحاب.
القول الثاني : أنه لا يجوز . وقد نص الشافعي عليه في الأم وغيره ، وهو اختيار المزنى والبويطى والربيع . وقال الماوردى عن هذا القول : إنه الأظهر.
انظر : الأم ٣/٣، مختصر المزنى ٨٤/٩ ، الحاوى ١٨/٥ ، فتح العزيز ٥١/٤ ، روضة الطالبين ٣٦٨/٣ .

(٢) **بناء على القول بصحة بيع الغائب.**

(٣) وهو الأصح – كما سبق ذكره – وعبر عنه المصنف بالأظهر –كما سيأتي في كلامه.

(٤) على تفصيل سيأتي ذكره في باب حكم العيب الفصل الثالث المسألة السادسة .
انظر: المخطوط ورقة ٥٢/أ،ب .
وبإيجاز أقول : لو تصارفا وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبض خللا **فله حالان .**
أحدهما : أن يرد العقد علي معينين.
فإن خرج أحدهما نحاسا، بطل العقد، لأنه بان أنه غير ما عقد عليه.
وقيل : إنه صحيح تغليبا للإشارة.
وإن خرج أحدهما خشنا أو أسود فلمن أخذه بالخيار ، ولا يجوز الاستبدال – **وهو مراد المصنف هنا .**
وأما إن خرج بعضه نحاسا أو بعضه خشنا فله تفصيل مرجيء إلى حينه.
الحال الثاني : أن يرد العقد على ما في الذمة ، ثم يحضراه ويتقابضا.
فإن خرج أحدهما نحاسا وهما في المجلس استبدل، وإن تفرقا فالعقد باطل، لأن المقبوض غير ما عقد عليه.
وإن خرج خشنا أو أسود ، فإن لم يتفرقا فله الخيار بين الرضى والاستبدال، وإن تفرقا فله الاستبدال **في الأظهر.**
وإن خرج البعض معيبا فله تفصيل كذلك مرجئ إلى حينه .
انظر : المخطوط ورقة ٥٢/أ،ب ، مختصر المزنى ٨٧/٩ ، روضة الطالبين ٤٩٥/٣ – ٤٩٦.

١١٢ ٤٦٢٤

الفصل السابع
في البداية بالتسليم[١]

وفيه (خمس)[٢] مسائل.

إحداها[٣] : إذا باع عينا بثمن مؤجل (فيجبر)[٤] البائع على تسليم المبيع، وليس له حبسه على استيفاء (الثمن) [٥][٦]، لأن البائع رضى بتأخير حقه لما شرط الأجل، حتى لو تأخر تسليم المبيع إلى أن حل (*)[٧] الأجل **فيجبر البائع على التسليم،** ولا يجوز له حبسه، لأنه لم يثبت له حق (الحبس)[٨] في ابتداء العقد فلا يثبت بعده.[٩] **وذكر المزني في المنثور أن له أن يمتنع من التسليم** حتى يقبض الثمن، لأن له حق المالية بالثمن، فصار كما لو كان الثمن حالا[١٠].

---

(١) أي للعوض الذي يستحقه كل واحد من المتبايعين. انظر: فتح العزيز ٣١٢/٤، روضة الطالبين ٥٢٢/٣.

(٢) ما بين القوسين مثبت من ب وفي الأصل " عشر " وهو خطأ، والصحيح كما سيأتي من عرض مسائل هذا الفصل ما أثبت من ب.

(٣) **ولهذه المسألة مقدمة لابد من ذكرها – كما قال الإمام الماوردي – وهي : أن لكل واحد من المتبايعين حبس ما بيده عند تعذر قبض ما في مقابلته . فللمشتري حبس الثمن، خوفا من تعذر قبض المثمن، لأنه عقد معاوضة يقتضي حفظ العوض، فلو تأخر تسليم المبيع المثمن لعذر أو غير عذر لم يلزم المشتري تعجيل الثمن ، وهكذا أيضا للبائع حبس المبيع في يده خوفا من تعذر قبض ثمنه ، فلو أعطاه بالثمن رهنا أو ضمينا لم يلزمه تسليم المبيع، لأن الثمن باق، وإنما هذا وثيقة فيه ، وقد كان موثقا في ذمة مشتريه .** انظر: الحاوي ٣٠٧/٥ ، فتح العزيز ٣١٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٤/٣ ، الغرر البهية ٨/٣ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٢.

(٤) ما بين القوسين في ب " يجبر "

(٥) ما بين القوسين في ب لا يقرأ.

(٦) وإن خاف فواته، أو حل قبل التسليم، لوجوب التسليم قبل الحلول . انظر: روضة الطالبين ٥٢٤/٣ ، الغرر البهية ٩/٣ ، أسنى المطالب ٩٠/٢ ، مغني المحتاج ٤٧٤/٢.

(٧) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " الثمن " والصحيح حذف ذلك حتى يستقيم السياق كما هو في ب .

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يفسخ الجنس " وهو خطأ والصحيح ما أثبت من ب، لأن السياق لا يستقيم إلا به .

(٩) انظر : المراجع السابقة ، فتح العزيز ٣١٥/٤.

(١٠) **قال الشيخ زكريا الأنصاري " وما قيل من أن الشافعي نص على أن له الحبس كما نقله القاضي أبو الطيب عن حكاية المزني رد بأنه إنما هو تخريج للمزني، كما صرح به أبو الطيب نفسه، وحكاه عنه الروياني ، ثم قال : وكم من تخريج للمزني رده الأئمة وجعلوا المذهب خلافه ، ولا شك أن الجمهور على خلافه "** أسنى المطالب ٩٠/٢ ، الغرر البهية ٩/٣ . **وقال الأذراعي : " راجعت كلام المزني فوجدته من تفقهه. ولم ينقله عن الشافعي"** حاشية الرملي الكبير ٩٠/٢ .

هذا ، ولا يخفى أن كلام المصنف وغيره كالصريح فيما إذا كان الثمن حالا في أنه لا يلزم البائع إقباض شيء من المبيع وإن تجزأ كالحبوب وإن لم ينقص بالتبعيض حتى يقبض جميع الثمن ، حتى لو أقبضه المشتري بعض الثمن لم يلزمه إقباض بعض المبيع المقابل له إن تجزأ ولم ينقص، **وهذا على أحد الوجهين والذي جزم به كثيرون ، وحكى الإمامان الشيرازي والماوردي وجها آخر** أن البائع يلزمه أن يدفع إلى المشتري من المبيع بقدر ما قبض من ثمنه ، ويحبس منه بقدر ما بقي ، ولا يجوز أن يحبس جميعه لتقسط الثمن عليه. انظر: المهذب ٣٩١/١ ، الحاوي ٣٠٧/٥، فتح العزيز ٣١٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٤/٣، حاشية ابن قاسم العبادي ٩/٣.

فرع: لو اشترى عبداً وسلم الثمن فأبق العبد قبل التسليم فهل للمشترى أن (يسترد الثمن) (١) من غير أن يفسخ العقد(٢) أم لا؟ **فعلى وجهين.**

أحدهما: لا يسترد (٣)، كالبائع إذا سلم المبيع ثم أفلس المشتري بالثمن.

والثاني: له أن يسترد، كما لو سلم الثمن فامتنع البائع من تسليم المبيع.

ونظير المسألة: إذا سلم صداق(٤) الصغيرة ثم أراد أن يسترد. (٥)

فأما إذا أبق العبد ثم سلم الثمن **فالمذهب** أنه لا يسترد، لأنه تبرع بإسقاط حقه.(٦) **وفيه وجه أخر** : أنه يسترد الثمن، لأن قبض المبيع مع تعذر تسليم المبيع لا يصح ، كما أن عقده مع الإباق لا يصح.

الثانية(٧): إذا باع عينا بثمن في الذمة حالا **ففي المسألة ثلاثة أقوال (منصوصة)** (٨).

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " رد للثمن " وهو خطأ والصحيح ما أثبت من ب

(٢) **على الوجه الصحيح** القائل بأن إباق العبد لا ينفسخ به العقد، لبقاء المالية، ورجاء العود.
والوجه الآخر: وهو ضعيف، أنه ينفسخ، كما في التلف .
وبناء على الوجه الصحيح فللمشتري الخيار، إن شاء فسخ، وإن شاء أجاز . وإن أجاز لم يلزمه تسليم الثمن.
وإن كان قد سلمه ثم أبق العبد فهل له أن يسترده أم لا ؟ **فيه الوجهان المذكوران في كلام المصنف، وإن أجاز** ثم أراد الفسخ ، فله ذلك، كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثم أراد الفسخ، لأنه يتضرر كل ساعة، فالخيار في ذلك على التراخي . انظر: فتح العزيز ٢٩١/٤. روضة الطالبين ٥٠٣/٣، أسنى المطالب ٨١/٢.

(٣) **وهو الأوجه ، كذا قاله الخطيب الشربيني** . انظر : مغنى المحتاج ٣٧٣/٤.

(٤) الصداق في اللغة : مهر الزوجة . يقال أصدق المرأة : سمى لها صداقا ، وأعطاها الصداق وهو بفتح الصاد وكسرها ويجمع على صدق بضمتين. انظر: المصباح المنير ص ١٢٨ ، القاموس المحيط ٢٦١/٣ ، المعجم الوجيز ص ٣٦٢.
والصداق اصطلاحا: ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كإرضاع.
وسمى بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذى هو الأصل في إيجاب المهر انظر: مغنى المحتاج ٣٦٦/٤ ، غاية البيان ص ٣٧٤ ، حاشية قليوبي ٧٦/٣.

(٥) **سواء** كان عالما بحالها أم جاهلا. ففي استرداده **وجهان. أوجههما:** عدم الاسترداد.
انظر : مغني المحتاج ٣٧٣/٤.

(٦) **وبه جزم كثيرون . منهم القفال حيث قال:** " ليس له الاسترداد ، لتمكنه من الفسخ ".
انظر : فتح العزيز ٢٩١/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٣/٣ ، أسنى المطالب ٨١/٢.

(٧) **أي المسألة الثانية . وصورتها : أنه يلزم كل واحد من المتبايعين تسليم العوض الذى يستحقه الآخر ، فإن اختلفا في التقديم، فقال البائع : لا أسلم المبيع إلا بعد قبض ثمنه ، وقال المشتري : لا أدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع . ففيه أربعة أقوال، ذكر المصنف منها ثلاثة ثم أعقبها بالرابع مخرجا. وقد ذكر الماوردي أن الشافعي – رضي الله عنه – حكى أربعة مذاهب للناس في ذلك واختار أحدها، فخرجها الأصحاب أربعة أقاويل له. وهذه الأربعة أقاويل إحدى الطريقتين.**
والطريقة الأخرى: **القطع بالقول الأول المذكور في كلام المصنف ، وسيأتي تفصيله في آخر المسألة.** انظر: الحاوى ٣٠٧/٥، فتح العزيز ٣١٢/٤، روضة الطالبين ٥٢٢/٣.

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

أحدها: وهو الذى نقله المزنى[1]، أنه يجبر البائع على تسليم المبيع أولا ، ثم يؤمر المشتري بالتسليم.[2]

ووجهه : أن العقد يستقر بتسليم المبيع ، ولا يستقر بتسليم الثمن ، فكانت البداية (بتسليم ما)[3] يتضمن تقرير العقد أولى، (لأن)[4] تسليمه لا يكون بغرض النقض، وتسليم الثمن يكون بغرض النقض ، فإن المبيع ربما يهلك فيسقط الثمن، وأيضاً فإن التسوية بين المتعاقدين (واجبة)[5]، والبائع (متمكن)[6] من التصرف فيما استفاده بالعقد، وهو الثمن[7] ، فأوجبنا على البائع (تسليم المبيع)[8] (ليستفيد)[9] به المشتري التصرف فيما(*)[10] يملكه بالعقد[11].

والقول الثاني: (أنهما)[12] يجبران على التسليم (فيؤمر)[13] البائع أن يسلم المبيع إلى ثقة، والمشتري (أن يسلم الثمن)[14] إلى ثقة، إما إلى الذى سلم إليه

---

(١) **واختاره الشافعي – رضى الله عنه – لنفسه ، وعبر عنه النووى بالأظهر ، وجزم به البعض كالشيخ زكريا الأنصاري .** انظر: مختصر المزنى ٩٦/٩، الحاوى ٣٠٨/٥ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣ ، أسنى المطالب ٨٩/٢ ، الغرر البهية ٧/٣.

(٢) **قال المزني: " ولو لم يختلفا، وقال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض فالذى أحب الشافعي من أقاويل وصفها: أن يؤمر البائع بدفع السلعة، ويجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته "** مختصر المزنى ٩٦/٩.

(٣) ما بين القوسين في ب " بما " .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الاصل " أن " والصحيح ما أثبت من ب حتى يستقيم السياق .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " واجب " .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ممكن " .

(٧) حيث يقدر على التصرف فيه قبل قبضه بالحوالة ، ويأخذ بدله ، والمشتري لا يقدر على ذلك في المبيع إلا بقبضه، فأجبر البائع عليه ليتساويا فيه. انظر: الحاوى ٣٠٨/٥، فتح العزيز ٣١٢/٤ ، أسنى المطالب ٨٩/٢.

(٨) ما بين القوسين في ب " التسليم " .

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فستفيد " .

(١٠) ما بين القوسين يوجد مكانه بالأصل " استفاده بالعقد وهو الثمن فأوجبنا على البائع تسليم المبيع فيستفيد به المشتري التصرف فيما " وهو تكرار لما سبق فحذف استقامة للسياق كما في ب .

(١١) **وأيضا** فإن المبيع معين والثمن في الذمة غير معين ، وما تعلق بالأعيان أحق بالتقديم مما ثبت في الذمم، كأرش الجناية مع غيره من الديون . انظر: الحاوى ٣٠٨/٥ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٣/٤.

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " إنما " والصحيح ما أثبت من ب .

(١٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يؤمر " .

(١٤) ما بين القوسين سقط من ب ، وفي الأصل " أن يسلم المبيع " والصحيح ما أثبت بالصلب، لأنه مقتضى السياق.

البائع المبيع، أو غيره. ثم يأمر الحاكم بتسليم (*)[١] الثمن إلى البائع ، والمبيع إلي المشتري[٢].

ووجهه: أن كل واحد منهما استحق على صاحبه (حقا حالاً) [٣]، وهو مطالب به، فصار كما لو كان لأحدهما على الآخر دين من جنس (وله على صاحبه دين من جنس آخر)[٤] فإنهما يؤمران بالتسليم، ولا يقدم أحدهما على الآخر.[٥]

والقول الثالث: أنه لا يتعرض لهما في (الابتداء[٦] ولكن متى سلم أحدهما يجبر الآخر) [٧][٨].

---

(١) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " إليه البائع المبيع أو غيره ، ثم يأمر الحاكم بتسليم" وهو تكرار لما سبق فحذف.

(٢) وللحاكم أن يجبرهما على التسليم عنده، كما يجبرهما على التسليم إلى العدل ، فيأمر كل واحد بإحضار ما عليه إليه ، فإذا أحضرا سلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري لا يضره بأيهما بدأ.

وسواء أجبرهما الحاكم على التسليم عنده أو عند ثقة هو قول واحد عند أبي إسحاق المزورى وغيره ومنهم المصنف.

أما الماوردى فقد جعل ذلك قولين، وذكر بعد أن نص على قول الإجبار من الحاكم بالتسليم إليه وقول الإجبار بالتسليم إلى ثقة أن أبا إسحاق المروزى جعل القولين قولا واحدا ثم قال: "وامتنع سائر أصحابنا من جعلهما قولا واحدا، وإن كل واحد منهما مخالف لصاحبه لأن الدفع والتسليم في القول الأول إلى الحاكم وكان بحكمه ، وهاهنا الحكم منه في نصب الأمين والأمر بالتسليم، فاختلفا " الحاوى ٣٠٨/٥ ويتعقب على الإمام الماوردي بأن سائر الأصحاب لم يمتنعا من جعلهما قولاً واحداً. كما هو مفهوم كلام المصنف، لأن كلمة ثقة المذكورة في كلامه أعم من أن يكون هو الحاكم أو غيره. فضلاً عن أنه لم يذكرهما قولين . وكذا فإن الرافعي وغيره نقل ذلك صريحاً فنص على كونهما قولاً واحداً. قال: " أحدهما: أن الحاكم يجبرهما على التسليم ، فيأمر كل واحد منهما بإحضار ما عليه، فإذا أحضرا سلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري ، لا يضره بأيهما بدأ ، ويأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك ... " فتح العزيز ٣١٢/٤ ، وانظر أيضا: مغنى المحتاج ٤٧٢/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٣/٤.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " حق مال " وهو خطأ والصحيح ما أثبت من ب، لأنه سياق الحديث عما نحن بصدده.

(٤) ما بين القوسين مكرر في الأصل ، فحذف التكرار.

(٥) وأيضاً فإن الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم ، فإذا أمكنه ذلك لم يدع الناس يتمانعون الحقوق، وهو يقدر على أخذها منهم . انظر: الحاوى ٣٠٧/٥-٣٠٨ ، فتح العزيز ٣١٢/٤ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢.

وعلى **هذا** إذا أحضرا ذلك إلى الحاكم فتلف في مجلسه كان من ضمان صاحبه. فإن كان التالف هو المبيع فيبطل البيع لتلفه قبل القبض. وإن كان الثمن هو التالف لم يبطل البيع ، وعلى المشتري أن يأتي ببدله، إلا أن يكون الثمن معينا فيبطل البيع أيضا بتلفه. انظر: الحاوى ٣٠٨/٥.

(٦) بل يمنعهما من التخاصم . انظر: الحاوى ٣٠٨/٥ ، فتح العزيز ٣١٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢.

(٧) ما بين القوسين من ب ، وفي الأصل " الآخر الابتداء ولكن يسلم أيهما سلم يجبرا الآخر الآخر" والصحيح ما أثبت من ب لاضطراب ما في الأصل.

(٨) انظر المراجع السابقة.

ووجهه : أن حق كل واحد منهما ثبت بالعقد فليس يمكن أمر (كل) [١] واحد منهما بالتسليم قبل أن يحصل له (ما بإزائه . فتركنا) [٢] التعرض لهما وأيهما سلم أجبرنا الآخر. [٣]

وقد خرج في المسألة قول آخر[٤] ، وهو مذهب أبي حنيفة[٥] ، أنه يجبر (المشترى)[٦] على البداية بتسليم (الثمن)[٧] .

ووجهه : أن حق البائع في الذمة ، وحق المشتري عين ، والأعيان أقوى حكما من الديون، فيؤمر (المشترى) [٨] بالتسليم، ليتعين (حق البائع) [٩] كما تعين حق المشتري[١٠] ، وأيضا فإن البائع صار محجورا[١١] عن (الارتفاق [١٢] بالمبيع ،

---

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فتعرضا " وهو خطأ واضح ، والصحيح ما أثبت بالصلب من ب .

(٣) انظر: فتح العزيز ٣١٢/٤ **وجاء فيه تعليلا لذلك** " أن على كل واحد إيفاء واستيفاء، ولا سبيل إلى تكليف الإبقاء قبل الاستيفاء "، مغني المحتاج ٤٧٢/٢ **وجاء فيه أن الشافعي رضى الله عنه حكى هذا القول عن غيره ، ثم رده، لأن فيه ترك الناس يتمانعون الحقوق.**

(٤) **وهو القول الرابع، ولم يذكره الإمام الماوردى، لأنه بالأقوال الثلاثة السابقة يكون قد استكفي الأربعة أقوال ، لأنه كما سبق قد جعل القول الثاني على قولين .**

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٠/١٣ وجاء فيه " أول التسليمين على المشتري وهو تسليم الثمن " ، الهداية ٢٤/٦ ، شرح فتح القدير ٢٤/٦ وجاء فيه " ووجوب دفع الثمن أولا ، ليتعين حق البائع بإزاء تعين حق المشتري في المبيع"، العناية ٢٣/٦.

(٦) ما بين القوسين في ب " البائع " وهو خطأ، والصحيح بعد الرجوع لكتب المذهب الشافعي، والمذهب الحنفى ما أثبت من الأصل.

(٧) ما بين القوسين ورد في النسختين بلفظ " المبيع " وهو خطأ ، والصحيح من مقتضى السياق ما أثبت بالصلب. انظر: فتح العزيز ٣١٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢ .

(٨) ما بين القوسين فى ب " البائع " والصحيح ما أثبت من الأصل، لما سبق ذكره.

(٩) ما بين القوسين ورد في النسختين بلفظ " حقه " وقد أثبت ما بالصلب هكذا حتى لا يلتبس الأمر، وكما هو موجود في بعض الكتب.

(١٠) انظر: فتح العزيز ٣١٢/٤ ، نهاية المحتاج ١٠٣/٤ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢، المبسوط ١٩٢/١٣ وجاء فيه " قصة المعاوضة التسوية، وقد عين البائع حق المشتري في المبيع، فعلى البائع (أي المشتري) أن يعين حق البائع في الثمن ، ولا يتعين الثمن إلا بالقبض ، فلهذا كان أول التسليمين على المشتري ".

(١١) الحجر في اللغة: هو المنع ، يقال حجر عليه حجرا: منعه التصرف ، فهو محجور عليه ، وحجر عليه الأمر : منعه منه ، وحجر الشيء على نفسه : خصها به ، والجمع : حجور انظر: القاموس المحيط ٤/٢ ، المصباح المنير ص ٤٧ ، المعجم الوجيز ص.١٣٥
والحجر اصطلاحا: هو المنع من التصرفات المالية . مغنى المحتاج ١٣٠/٣، غاية البيان ص ٢٩١ .

(١٢) الارتفاق لغة : مأخوذ من ارتفق به : أى انتفع واستعان ، وارتفق عليه : اتكأ.
يقال: بت مرتفقا: متكئا على مرفقي ، والمرفق : ما يرتفق به ويستعان، ومنه مرافق المدينة : وهى ما ينتفع به السكان عامة، كأجهزة النقل والشرب والإضاءة ، والجمع مرافق.
انظر: المصباح المنير ص ٨٩ ، المعجم الوجيز ص ٢٧٢.

والمشتري ما صار محجورا عن)[١] التصرف في شيء مما كان له ، فوجب أن (يجبره) [٢] على التسليم ، ليزول (بقسطه) [٣] عن بعض ما كان (يقسط) [٤] فيه قبل العقد [٥].

فروع ثمانية.

أحدها: إذا قلنا: يؤمر البائع بالبداية بتسليم المبيع[٦]. فلو سلم وكان الثمن حاضرا يؤمر بتسليمه[٧] في الوقت. [٨]

وإن قال المشتري : ليس بحاضر ، فيسأله ، فإن (قال) [٩]: هو في البيت أو وديعة عند فلان . **قال الشافعي:** أوقف[١٠] ماله المبيع وغير المبيع احتياطا لحق البائع ،

---

(١) ما بين القوسين من ب ، وقد سقط من الأصل .
(٢) ما بين القوسين في ب " يجبر " .
(٣) ما بين القوسين في ب " بيسطه " .
(٤)ما بين القوسين في ب " بيسط " .
(٥) **هذا ، وقد قلت سابقا أن هذه الأقوال الأربعة – والتى تقدم ذكرها – هى إحدى الطريقتين.**
والطريقة الأخرى: القطع بالقول الأول ، وهو إجبار البائع على تسليم المبيع أولا ، ثم يؤمر المشتري بالتسليم . وحمل القول الثاني والثالث على حكاية مذهب الغير ، والرابع يحمل أيضا على أنه من تخريج البعض – كما فعل المصنف– وليس منصوصا عليه . وقد اختار الشيخ أبو حامد هذه الطريقة .
ومما هو جدير بالذكر أن المسعودى قال : إن نقل المزنى السابق في القول الأول يمكن تنزيله على القول الثاني . والأكثرون على أنه يحمل على القول الأول كما فعل المصنف.
انظر: فتح العزيز ٣١٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣.
وهذا الخلاف كله فيما إذا كان الثمن في الذمة – كما قال المصنف في بداية المسألة.
أما إذا كان معينا فإن الإمام الرافعي قال : يسقط القول الرابع ، وهو إجبار المشتري على التسليم أولا . انظر: فتح العزيز ٣١٢/٤.
ولكن الإمام النووى قال : الذى قطع به الجمهور، وهو المذهب : أنه يسقط القول الأول ايضا، وهو إجبار البائع على البداية بالتسليم. وذلك كما إذا باعه عرضا بعرض ، لأن الثمن يتعين بالتعين عند الشافعية. انظر: روضة الطالبين ٥٢٢/٣ مغني المحتاج ٤٧٢/٢، أسنى المطالب ٨٩/٢ ، الغرر البهية ٧/٣ **وفيهما الجزم بالقول الثاني إذا كان الثمن معينا ، وهو إجبارهما على التسليم، لاستواء الطرفين .**
أما لو تبايعا عرضا بعرض سقط القول الأول ، والرابع بلا خلاف. وسيأتي تفصيل ذلك في كلام المصنف في المسألة الرابعة من هذا الفصل . انظر : المخطوط ورقة ٢٢/ب.
(٦)أولا ، **أو قلنا: لا يجبر ، ولكنه تبرع وابتدأ بالتسليم أولا** . انظر: فتح العزيز ٣١٣/٤، روضة الطالبين ٥٢٢/٣.
(٧) أي المشتري .
(٨) إن كان حاضرا في المجلس. انظر: الحاوى ٣٠٨/٥ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣، أسنى المطالب ٨٩/٢.
(٩) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .
(١٠) أى يحجر عليه إلى أن يسلم الثمن. انظر: الحاوى ٣٠٨/٥ ، فتح العزيز ٣١٣/٤.

لأنا لا نأمن أن يتصرف في ماله بما يضر البائع ، بأن (يعيره لإنسان أو) [١] يعتق العبد إن كان المبيع عبداً أو يقفه (فيتعذر) [٢] عليه الوصول إلى حقه[٣].
(فأما) [٤] إذا (كان الثمن غائباً)[٥] عن البلد. فإن ذكر مسافة تقصر إليها الصلاة[٦] فلا (يلزم البائع الصبر إلى إحضار الثمن. وفيما يفعل؟ **وجهان.أحدهما**: ليس له

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يقربه الإنسان و " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت بالصلب من ب، لأنه مقتضى السياق.
(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فيعذر " .
(٣) انظر: مختصر المزني ٩٦/٩ وجاء فيه " فإن غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فإذا دفع أطلق عنه الوقف " ، الحاوى ٣٠٨/٥، فتح العزيز ٣١٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٣/٣، أسنى المطالب ٩٠/٢، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢ .
والحجر على المشتري هو المذهب ، وبه جزم الماوردى والمصنف وغيرهما كثير.
وفي وجه حكاه الإمام الغزالي : أنه لا يحجر عليه ، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن. قال بعد ذكره للمذهب : " وقيل: بإنكار الحجر، لكنه خلاف نص الشافعي –رضى الله عنه" الوجيز ٣١١/٤ .
قال الرافعي عن هذا الوجه : " ولم أر لغيره نقل هذا الوجه على هذا الإطلاق" فتح العزيز ٣١٣/٤، وانظر أيضا: روضة الطالبين ٥٢٣/٣.
وإذا قلنا: بالمذهب وهو الحجر ، ففيم يحجر عليه ؟ قال عامة الأصحاب ، وبه جزم المصنف والماوردى وغيرهما : يحجر عليه في المبيع وفي سائر أمواله وإن كانت وافية بديونه إلى أن يسلم الثمن . وهذا ما يسمى بالحجر الغريب ، وهذا هو الصحيح . قال الغزالى " وهذا حجر سببه مسيس الحاجة إليه، خيفة فوات أمواله بتصرفه " الوجيز ٤/ ٣١١ . **وقيل : لا يحجر عليه في سائر أمواله إن كان ماله وافيا بديونه. وعلى هذا فهل يدخل المبيع في الاحتساب ؟ فيه وجهان . أشبههما : أنه يدخل . قال الإمام النووى : " وهذا الحجر يخالف الحجر على المفلس من وجهين ، أحدهما : أنه لا يسلط على الرجوع إلى عين ماله . والثاني : أنه لا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء . واتفقوا على أنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس لم يحجر أيضا هذا الحجر، لعدم الحاجة إليه "** روضة الطالبين ٥٢٣/٣ . وانظر فيما مر : الحاوى ٣٠٨/٥ ، فتح العزيز ٣١٣/٤-٣١٤، أسنى المطالب ٩٠/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢ ، حاشية الشربيني ٨/٣ .
(٤) ما بين القوسين في ب " أما " .
(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " قال: الثمن غائب ".
(٦) الصلاة لغة : **تطلق ويراد بها عدة معان** ، منها : الدعاء ومنه قوله تعالى : **" وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم"** سورة التوبة من الآية ١٠٣، كما تطلق أيضا على العبادة المخصوصة المبينة حدود أوقاتها في الشريعة ، وكذلك على الركوع والسجود، كما يراد بها الرحمة. انظر: النظم المستعذب ٧٥/١، المصباح المنير ص ١٣٢، المعجم الوجيز ص ٣٩٦.
والصلاة اصطلاحا : أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم غالبا. غاية البيان ص ١٠٧. **وقد عرفها القونوى بقوله:** "الأركان المعهودة المقصودة" أنيس الفقهاء ص ٦٧.
والقصر لغة : مأخوذ من قصر عن الأمر قصوراً: عجز وكف عنه، وقصر الصلاة ومنها صلى ذات الأربع الركعات اثنتين بحسب ترخيص الشرع ، وقصر السهم عن الهدف قصورا : لم يبلغه، وأقصرت عن الشيء: أمسكت مع القدرة عليه.
انظر: المصباح المنير ص ١٩٣، المعجم الوجيز ص ٥٠٣.
وقصر الصلاة المراد به شرعا : قصر الصلاة ذات الأربع من الركعات اثنتين بحسب ترخيص الشرع . أنظر: غاية البيان ص ١٧٤. وأما مسافة القصر فهي : أربعة برد، والبريد أربعة فراسخ ، والفرسخ ثلاثة أميال، فتكون ثمانية وأربعين ميلا.
انظر: المهذب ١٤٢/١ ، المجموع ٢١٠/٤ ، غاية البيان ص ١٧٥ ، النظم المستعذب ١٤٢/١، المغني ١٠٥/٣.

الفسخ . بل يباع المبيع ويؤدى حقه من الثمن كسائر الديون[1] **والثاني: له** فسخ البيع، لتعذر تحصيل الثمن كالإفلاس به[2]. فإن فسخ فذاك **ورجع بعين** ماله، وإن صبر إلى إحضار الثمن فالحجر يضرب على المشتري **في المبيع** وفي جميع أمواله حتى يسلم الثمن[3] **وقال ابن سريج:** لا فسخ ، **بل يرد المبيع** إلى البائع ، ويحجر على المشتري ، ويمهل إلى الإحضار)[4][5].

وأما إن كانت المسافة لا تقصر إليها الصلاة ، **فمن أصحابنا من قال: الحكم** على ما ذكرنا[6]، **لأن** التعذر حاصل في الوقت.

---

(١) **وهو مقابل الأصح** . انظر: فتح العزيز ٣١٤/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٣/٣ ، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢.

قال الماوردى في تفصيل هذا الوجه : " إن حكم المفلس منفي عنه لوجود المال وإن بعد منه ، ولكنه تباع السلعة المبيعة ليصل البائع إلى حقه منها ، فإن بيعت بقدر ما للبائع من الثمن دفع إليه ذلك وقد استوفى حقه ، وإن بيعت بأكثر رد الفاضل على المشتري، وإن بيعت بأقل كان الباقي دينا للبائع في ذمة المشترى " الحاوى ٣٠٩/٥ .

(٢) **وهذا الوجه هو الأصح عند الأكثرين** . انظر : فتح العزيز ٣١٤/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٣/٣ ، منهاج الطالبين ٤٧٣/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٥/٤ ، أسنى المطالب ٩٠/٢ .

(٣) **وهذا ما قاله الرافعي والنووى وغيرهما. أما الماوردى فقد قال:** يجعل كالمفلس ويخير البائع بين أن يرجع بعين ماله ، وبين أن يصبر بالثمن في ذمة المشتري إلى حين وجوده ، فإن صبر به أطلق تصرف المشتري في المبيع وغيره.

انظر: الحاوى ٣٠٩/٥ ، فتح العزيز ٣١٤/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٣/٣ ، منهاج الطالبين ٤٧٣/٢ ، أسنى المطالب ٩٠/٢، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢.

هذا ، ومما ينبغي أن يعلم أن محل الحجر فيما إذا كان ماله فوق مسافة القصر إذا لم يكن محجورا عليه، وإلا لا حجر ، لأنه في حجر الفلس يتمكن من الرجوع في عين ماله.

انظر: شرح منهج الطلاب مع حاشية الجمل عليه ١٧٦/٣ ، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢.

(٤) **وما قاله ابن سريج قد ادعى الغزالى في الوسيط أنه الأصح . قال النووى " وليس كذلك"** روضة الطالبين ٥٢٣/٣، وانظر أيضا : فتح العزيز ٣١٤/٤.

(٥) ما بين القوسين مثبت من أمهات كتب الشافعية ، لأن ما ورد في النسختين لا يصلح أن يكون مثبتا في الصلب ، وذلك لوجود سقط به ، فضلا عن عدم وضوح بعض الألفاظ فيه ، فقد كتب بهذه الصورة " يترل عزاد الثمن وإن لم نجوز له الفسخ فيسترد المبيع ويمسكه" .

انظر: في صحة ما أثبت بالصلب: الحاوى ٣٠٩/٥، فتح العزيز ٣١٤/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٣/٣ ، منهاج الطالبين ٤٧٣/٢.

(٦) من أن البائع لا يلزمه انتظار ماله لبعده عنه . وأنه في حكم المعسر . ولكن فيما يفعل ؟ **وجهان. أحدهما:** ليس له الفسخ، بل يباع المبيع، ويؤدى حقه من الثمن. **والثاني: وهو الأصح،** أنه مخير بين الفسخ والصبر. فإن فسخ فذاك ، وإن صبر إلى الإحضار فالحجر على المشترى على ما سبق . وقد سبق تفصيل ذلك ، والتعرض لما قاله الماوردى وغيره.

وهذا هو الوجه الأول. انظر: الحاوى٣٠٩/٥، فتح العزيز ٣١٣/٤، روضة الطالبين ٥٢٣/٣.

ومنهم من قال: نجعله (كالحضر)[١][٢] ، فيوقف الحاكم ماله.[٣]

الثاني:[٤] لو باعه شيئا وهو في يده فليس للبائع أن (ينتزعه)[٥] من يده بسبب الثمن ، لأنا إنما جوزنا له الامتناع من التسليم لأن اليد كانت له فتستديم اليد إلى أن يحصل له حقه . **(وإذا)**[٦] كان الشيء في يد المشتري فليس للبائع يد حالة العقد حتى يستديم حكمها .

الثالث[٧] : إذا سلم المبيع من غير مطالبة بالثمن ثم أفلس المشتري بالثمن ليس له أن يسترد المبيع ليحبسه على استيفاء الثمن، لأنه تبرع بإسقاط حقه ، فليس له العود إليه.[٨]

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " كالخاص " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب ، لأنه مقتضى السياق .

(٢) **وهذا هو الوجه الثاني ، وبه قطع الرافعي في المحرر ، وتبعه النووى في المنهاج، وصححه في الروضة.** انظر: المهذب ٣٩٠/١ ، فتح العزيز ٣١٤/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٣/٣ ، منهاج الطالبين ٤٧٣/٢ وجاء فيه " وإن سلم البائع أجبر المشترى إن حضر الثمن، وإلا فإن كان معسرا فللبائع الفسخ بالفلس ، أو موسرا وماله بالبلد أو بمسافة قريبة حجر عليه في أمواله حتى يسلم " ،مغنى المحتاج ٤٧٣/٢ ، حاشية الشربيني على الغرر ٨/٣.

(٣) أى ماله المبيع وغير المبيع إلى أن يسلم الثمن ، كيلا يتصرف في أملاكه بما يفوت حق البائع . انظر: الحاوى ٣٠٩/٥ ، فتح العزيز ٣١٣/٤.

(٤) أي الفرع الثاني .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ينزع " .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فإذا " .

(٧) أي الفرع الثالث.

(٨) **وهذا أحد الوجهين ، واعتمده البعض ، وصححه البعض ، وبه جزم المنصف.**
هذا إن كانت السلعة وافية بالثمن ، لأنه سلطه على المبيع باختياره ورضى بذمته. **وبناء على** عدم استرداد البائع للمبيع وأنه ليس له الفسخ فإن السلعة تباع ويوفي من ثمنها حق البائع ، فإن فضل شيء فللمشتري. انظر: نهاية المحتاج ١٠٤/٤، حاشية الجمل ١٧٦/٣.
ومع هذا ، فإن النووى وغيره ، قد ضعف هذا الوجه . وقال: الصحيح أن للبائع الفسخ، وأنه أحق بمتاعه، سواء سلم بالإجبار أم متبرعا. **وبه جزم كثيرون . وهو المنصوص.**
قال المزنى : " وإن لم يكن له مال فهذا مفلس والبائع أحق بسلعته " مختصر المزنى ٩٦/٩ ، وانظر أيضا: المهذب ٣٩١/١، فتح العزيز ٣١٤/٤ ، روضة ٥٢٣/٣ ، حاشية الجمل ١٧٦/٣، أسنى المطالب ٩٠/٢ **وفيه الجزم بالفسخ**، سواء كان المبيع أكثر من الثمن أم لا ، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢.
هذا، والخلاف السابق على الوجهين محله إذا كانت السلعة وافية بالثمن . أما إذا لم تكن وافية بالثمن فلا يتأتى غير الفسخ . انظر: حاشية الجمل ١٧٦/٣.
هذا وعلى القول بالفسخ فيشترط فيه حجر القاضي كما قاله غير واحد – وإن اقتضى كلام منهاج الطالبين والروضة وفتح العزيز أنه يستقل بذلك من غير توقف على حجر الحاكم.
انظر: شرح المنهج مع حاشية الجمل غليه ١٧٦/٣ ، أسنى المطالب ٩٠/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٣/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٤/٤.

الرابع[١] : إذا صالح من الثمن على مال فبمجرد المصالحة لا يسقط حق البائع من الحبس، لأن عوض الثمن يقوم مقامه ، فقبل حصوله لا يلزمه إخراج المبيع عن يده[٢].

الخامس[٣]**:** لو أحال بالثمن على إنسان ، أو قبل الحوالة على إنسان سقط حقه من الحبس[٤] ، لأن الحق بالحوالة صار مقبوضا عندنا[٥].

السادس[٦]: لو سلم المبيع وقبض الثمن ثم خرج (الثمن) [٧] زيوفا[٨] له أن يسترد المبيع، لأنه رضى بزوال يده على (تقدير) [٩] سلامة حقه له ، وقد بان أنه لم يسلم. [١٠]

وهكذا لو صالح من الثمن على منفعة عبد أو دار (وقبض) [١١] الدار ثم وجد بالدار (عيبا) [١٢] فردها، أو انهدمت له أن (يسترد) [١٣] المبيع[١٤]

---

(١) أي الفرع الرابع.

(٢) انظر: فتح العزيز ٣١٥/٤، روضة الطالبين ٥٢٤/٣ وجاء فيه " ولو صالح من الثمن على مال فله إدامة حبسه لاستيفاء العوض " ، مغنى المحتاج ٤٧٤/٢ وجاء فيه: أنه لو استبدل عن الثمن ثوبا مثلا **فإن القفال قال:** ليس له الحبس، لأنه أبطل حقه من الحبس بنقله إلى العين، إذ حق الحبس لاستيفاء عين الثمن، وهذا بدله.
لذا نجد أن البعض حاول الجمع بين ما قاله المصنف وجزم به في الروضة وغيرها -كما مر - وبين ما قاله القفال . فقال : لعل الأول محمول على ما إذا استبدل دينا ، والثاني محمول على ما إذا استبدل عينا.
لكن يرد بأن المعتمد الإطلاق كما جزم به المصنف والنووى ، وكما جرى عليه ابن المقرى. انظر : مغنى المحتاج ٤٧٤/٢.

(٣) أي الفرع الخامس .

(٤) ولزمه تسليم المبيع. **قال الماوردى :** " لو أحال بالثمن حوالة قبلها ، أو أعطاه به عوضا رضيه لزمه تسليم المبيع، لاستيفاء ثمنه" الحاوى ٣٠٧/٥.

(٥) **قال الشيرازى:** " إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق ، أو بيع حق ، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل " المهذب ٤٤٥/١ ، وانظر أيضا: مغنى المحتاج ١٩٣/٣.

(٦) أي الفرع السادس .

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٨) الزيف في اللغة : مأخوذ من زافت النقود زيفا: ظهر فيها غش ورداءة ، وزيف النقود وغيرها : سكها مغشوشة ، وزيف الأقوال : أظهر زيفها . **والجمع : زيوف.** انظر: المعجم الوجيز ص ٢٩٨.

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " تقرير " .

(١٠) انظر: الغرر البهية ٩/٣ ، أسنى المطالب ٩٠/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٤/٢ ، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي عليه ١٠٦/٤ ، حاشية الرملي الكبير ٩٠/٢.

(١١) ما بين القوسين في ب لا يقرأ.

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " عيب " وهو خطأ،والصحيح ما أثبت من ب.

(١٣) ما بين القوسين في ب " يرد " والصحيح ما أثبت من الأصل .

(١٤) انظر : فتح العزيز ٣١٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٤/٣.

السابع(١) : إذا اشترى جاريه بثمن في الذمة فحكم البداية بالتسليم على ما ذكرنا(٢). فلو سلم المشتري الثمن(٣) أو كان الثمن مؤجلاً تسلم الجارية إلى المشتري(٤)، سواء كانت تحل له أو لا تحل .

(و)(٥) حكى (عن مالك) (٦) (أنه قال):(٧) يوضع (العوضان)(٨) على(يد)(٩)

---

(١) أي الفرع السابع .

(٢) **من الأقوال الأربعة في البداية بالتسليم. الأول : يجبر البائع بالتسليم أولا، وهو الأظهر، وبه جزم البعض. الثاني : أنهما يجبران على التسليم، ولا يقدم أحدهما على الآخر. الثالث: لا يجبر واحد منهما ، فإذا سلم أحدهما أجبر الآخر. الرابع: يجبر المشتري بالتسليم أولا.**

هذا ، وقد سبق تفصيل كل قول عند بداية هذه المسألة ، فليرجع إليه.

(٣) إما مجبرا وإما متبرعا بالتسليم.

(٤) **أما تسليم الثمن فظاهر ، وأما كون الثمن مؤجلا** فلأن البائع رضي بتأخير حقه لما شرط الأجل ، فيجبر على التسليم ولا يجوز له حبس المبيع.انظر: المخطوط ورقة ٢٠/ب ، فتح العزيز ٣١٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٤/٣ .

(٥) ما بين القوسين غير موجود في النسختين ، وقد زيد كما بالصلب حتى يستقيم السياق.

(٦) ما بين القوسين في الأصل " عنه " ولم يذكر من هو المراد ، وفي ب "عن" ولم يذكر من هو المراد أيضا.

وبالبحث في كتب المذاهب الثلاثة الحنفى والمالكي والحنبلي اتضح أن المراد بذلك هو الإمام مالك رضى الله عنه، كما هو مثبت بالصلب.

جاء في مقدمات ابن رشد ٣٤٢/٣ " **الاستبراء** ... واجب ... لحفظ النسب، كوجوب العدة التي أوجبها الله في كتابه وجعلها حدا من حدود عباده. **وأما المواضعة** وهي أن توضع الأمة المشتراه على يد امرأة عدلة حتى تحيض، فإن حاضت تم البيع فيها للمشتري ... " .

وقال ابن عرفه " المواضعة جعل الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حيضتها " التاج والإكليل ٥٢٦/٥.

وعند من توضع؟ المستحب أن توضع على يد امرأة ، **فإن** وضعت بيد رجل وكان مأمونا وله **أهل** ينظرونها أجزأ ذلك ، **ولا يجوز** أن تكون على يد رجل غير مأمون كان له أهل أم لا. **وإن** كان مأمونا ولا أهل له **فقولان . أحدهما** : الجواز مع الكراهة. **والثاني:** بالمنع وهو أصوب. انظر: مواهب الجليل ٥٢٧/٥ ، التاج والإكليل ٥٢٧/٥. ولكن ما حكم وضعها عند البائع أو المشتري ؟ جاء في التاج والإكليل ٥٢٧/٥ " **ابن القاسم** وضعها عند غير مبتاعها أحسن ، فإن وضعت عنده جاز ، ولبائعها نزعها لعدل غيره ، وليس لأحدهما نقلها من عدل إلا لوجه ... **من المدونة**: يكره أن توضع على يد المشتري وإن فعلا أجزأهما ... ومثل ذلك في البائع " وانظر في ذلك أيضا: مواهب الجليل ٥٢٧/٥-٥٢٨.

وبناء على ما تقدم : نجد أنه لا خلاف في مذهب الإمام مالك فى أن وضع الأمة المشتراه على يد عدل واجب في كل بلد كانت جارية فيه أو لم تكن. أما وضع الثمن على يد عدل عند المالكية فليس على إطلاقه كما ذكر المصنف بل إنه على قولين. القول الأول : أنه يوضع على يد عدل كالجارية . وقال البعض : إنه المشهور. والقول الثاني: أنه لا يحكم بوضعه على يد عدل ، ولا يجب على المشتري إخراج الثمن حتى تجب له الأمة بخروجها من الاستبراء. انظر : مقدمات ابن رشد ٣٤٣/٣، مواهب الجليل ٥٣٠/٥، التاج والإكليل ٥٣٠/٥.

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط الأصل.

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " العوضين " والصحيح ما أثبت من ب .

(٩) ما بين القوسين في ب " يدى " .

عدل حتى ينقضي الاستبراء[١]، فيسلم الثمن إلى البائع، والجارية إلى المشتري.
ودليلنا : أن هذا ضرب أجل (مجهول في الثمن) [٢] ، وضرب أجل في تسليم المبيع، وذلك غير جائز .
الثامن[٣] : إذا أودع المبيع من المشتري لا يسقط حقه من المبيع ، لأن يد المودَع (يد المودِع) [٤][٥] **(فأما) [٦] إذا أعار[٧] منه فوجهان.**
أحدهما: لا يبطل حقه[٨] . كما لو أعار الرهن من الراهن.
والثاني : يسقط حقه[٩] ، **وهو مذهب أبي حنيفة[١٠] . والفرق بين مسألتنا و(الرهن)[١١] أن حق المرتهن ثبت بعقد مقصود فلم يبطل بالإعارة.**

---

(١) الاستبراء في اللغة : طلب البراءة ، يقال استبرأت المرأة : طلبت براءتها من الحبل . واستبرأت الشيء : طلبت آخره لقطع الشبهة ، واستبرأ الذكر : طلب براءته من بقية بول فيه بتحريكه ونتره وما أشبه ذلك ، حتى يعلم أنه لم يبق فيه شيء.
انظر: لسان العرب ٣٥٦/١ ، المصباح المنير ص ١٨ ، المعجم الوجيز ص ٤٢.
والاستبراء شرعا: هو التربص بالمرأة مدة بسبب ملك اليمين ، حدوثا أو زوالا لتعرف براءة رحمها من الحمل، أو تعبدا. انظر : شرح جلال الدين المحلي ٥٩/٤. وعرفه الحطاب بأنه: الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك، مراعاة لحفظ الأنساب . وقال ابن عرفه : " الاستبراء مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق". انظر : مواهب الجليل ٥١٥/٥ – ٥١٦.
(٢) ما بين القوسين في ب " في الثمن مجهول " .
(٣) أي الفرع الثامن.
(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(٥) وتلفه في يد المشتري بعد الإيداع كتلفه في يد البائع ، فينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المشتري. انظر: فتح العزيز ٣١٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٤/٣، أسنى المطالب ٩٠/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٤/٢، نهاية المحتاج ١٠٦/٤ ، حاشية الشبراملسي ١٠٦/٤.
(٦) ما بين القوسين في ب " وأما " .
(٧) **والمراد من العارية هنا نقل اليد، كما قالوا في إعارة الرهن للراهن، وإلا فكيف تصح الإعارة من غير مالك ، لأنها بعد لزوم العقد لا تصح من البائع، لأنه غير مالك. وبهذا قال الزركشي. وقال غيره : صورة الإعارة هنا أن يؤجر عينا ويبيعها لغيره ثم يكتريها من المكترى ويعيرها للمشتري قبل القبض.** انظر: أسنى المطالب ٩٠/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٤/٢.
(٨) **وهو مقابل الأصح.** انظر: روضة الطالبين ٥٢٤/٣.
(٩) **وهو الأصح ، وبه جزم البعض.** وبناء عليه ليس لـه حق الاسترداد ، ويكون تسليمه عن الإعارة إقباضا، لأنه سلطه على العين. انظر: **فتح العزيز** ٣١٥/٤ ، أسنى المطالب ٩٠/٢ ، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي عليه ١٠٦/٤ ، **مغنى المحتاج** ٤٧٤/٢.
(١٠) **في ظاهر الرواية .** انظر : المبسوط ١٩٧/١٣ ، بدائع الصنائع ٣٧٢/٥ وجاء فيه "ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده **في ظاهر الرواية** ، **وروى عن أبي يوسف** أنه لا يبطل وللبائع أن يسترده. **وجه هذه الرواية** أن عقد الإعارة والإيداع ليس بعقد لازم، فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن إذا أعار الرهن من الراهن أو أودعه إياه له أن يسترده لما قلنا. كذا هذا .
وجه ظاهر الرواية أن الإعارة والإيداع أمانة في يد المشتري، وهو لا يصلح نائبا عن البائع في اليد، لأنه أصل في الملك فكان أصلا في اليد ، فإذا وقعت العارية أو الوديعة في يده وقعت بجهة الأصالة وهى يد الملك، ويد الملك يد لازمة ، فلا يملك إبطالها بالاسترداد".
(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " المرتهن " .

٤٦٣٦ ج ١١

(فأما)[١] حق البائع (فإنما) [٢] ثبت استيفاء لما كان له قبل زوال ملكه، ويد العارية ليست (يده) [٣]، لأن المستعير يأخذ لمنفعة نفسه ، فإذا سلم إليه لينتفع به فقد رضي بسقوط حقه[٤].

الثالثة:[٥] إذا باع منه بثمن نصفه حال ونصفه مؤجل ، ففي النصف المؤجل ليس له (حق) [٦] الحبس[٧] وفي النصف الحال على ما ذكرنا.[٨]

فإذا لم (توجب عليه) [٩] البداية بالتسليم يتهاتيان[١٠] . وهكذا لو باع نصيبه من المال المشترك (من شريكه) [١١] يتهاتيان في الإمساك (كما)[١٢] قبل العقد.

---

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وأما " .
(٢) ما بين القوسين في ب " فإنما " .
(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " له " .
(٤) وتعليل الفرق قاله الإمامان السرخسي والكاساني من الحنفية. انظر: المبسوط ١٩٧/١٣، بدائع الصنائع ٣٧٢/٥ وجاء فيه " وبخلاف الرهن فإن المرتهن في اليد الثابتة بعقد الرهن بمنزلة الملك ، فيمكن تحقيق معنى الإنابة ، ويد النيابة لا تكون لازمة، فملك الاسترداد . "
(٥) أي المسألة الثالثة .
(٦) ما بين القوسين سقط من ب .
(٧) لأنه رضي بتأخير حقه في هذا النصف لما شرط الأجل. انظر: المخطوط ورقة ٢٠/ب ، فتح العزيز ٣١٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٤/٣ ، الغرر البهية ٩/٣.
(٨) أي على ما ذكرنا من الأقوال الأربعة في البداية بالتسليم ، وأن الأظهر منها والمنصوص عليه والذى جزم به البعض أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولا ثم يؤمر المشتري بالتسليم. وقد مر بنا تفصيل ذلك في بداية المسألة الثانية من هذا الفصل فليرجع إليه.
والتسليم من المشتري هنا يكون في النصف فقط، لأن البائع أجل له النصف الآخر كما مر .
(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "يوجد علة"وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من ب.
(١٠) يتهاتيان في اللغة : مأخوذ من هتا: أعطى، وكذا أخذا . يقال: والله ما يعطى وما يهاتي أي وما يأخذ ، والمهاتاة: مفاعلة من قولك هات ، يقال: هاتى يهاتي مهاتاة، وإذا أمرت الرجل بأن يعطيك شيئا قلت له : هات يا رجل ، وهاتاه : إذا ناوله شيئا ، وهاتوا : أي قربوا. ومنه قوله تعالى " قل هاتوا برهانكم " من الآية رقم ٦٤ من سورة النمل ، والمعنى أي قربوا. انظر: لسان العرب ٢٧/١٥-٢٨ ، القاموس المحيط ٤٠٥/٤. والمعنى هنا: يتبادلان الأخذ والعطاء.
(١١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(١٢) ما بين القوسين من ب ود سقط من الأصل .

الرابعة (١): إذا باع عينا بعين(٢) **فقولان: أحدهما**: يجبران جميعا. (٣)
والثاني: لايجبران على ما ذكرنا(٤)، ولا يؤمر أحدهما بالبداية بالتسليم **قولا واحدا**، لأن حق كل واحد منهما متعين ، وكل واحد منهما (غير) (٥) مالك للتصرف فيما (ملك) (٦) بالعقد(٧).

---

(١) أي المسألة الرابعة.
(٢) وقال كل واحد منهما: لا أدفع حتى أقبضه ، ففيه ما يذكره المصنف.
(٣) **وهو الأظهر، وبه قطع ابن الصباغ وغيره**، وذلك لاستواء الجانبين في تعيين كل.
وكيفية الإجبار: أن يجبرهما الحاكم على التسليم ، فيأمر كل واحد منهما بإحضار ما عليه، فإذا أحضرا سلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري لا يضره بأيهما بدأ، وللحاكم كذلك أن يأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك.
غير أن الإمام الماوردى وكما سبق ذكر ذلك جعل هذا القول على قولين وفرق بين الوضع عند عدل وبين الوضع عند الحاكم ، وقال : امتنع سائر الأصحاب من جعلهما قولا واحدا. وهو غير مسلم له – كما سبق ذكره – لأن كثيرين من الأصحاب جعلهما قولا واحدا . منهم المصنف وأبو إسحاق المروزى وغيرهما ، وقد نقل الرافعي والنووى وغيرهما ذلك بالتصريح في قول واحد.انظر: الحاوى ٣٠٩/٥، فتح العزيز ٣١٢/٤-٣١٣ ، روضة الطالبين ٥٢٢/٣ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٣/٤ ، الغرر البهية ٧/٣ ، شرح منهج الطلاب ١٧٥/٣.
(٤) **وهو مقابل الأظهر** .وبناء عليه فإن الحاكم يدعهما حتى يتطوع أحدهما فيجبر الآخر على تسليم ما في مقابلته، انظر: الحاوى ٣٠٩/٥ ، فتح العزيز ٣١٣/٤ ، حاشية الشبراملسى ١٠٣/٤.
(٥) ما بين القوسين في ب لا يقرأ.
(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "يملكه".
(٧) ولأنه ليس يتعين أحدهما بأنه بائع والآخر بأنه مشتر. انظر: الحاوى ٣٠٩/٥ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢.
هذا ، وقد بنى الإمام الماوردى الخلاف السابق في البداية بالتسليم في بيع عرض بعرض إذا كانا مما ينقل. أما إذا كانا أو أحدهما مما لا ينقل فليس في المسألة إلا قولين ، بناء على ما ذكره هو. القول الأول : عدم الإجبار لأى منهما حتى يتطوع أحدهما ثم يجبر الآخر. القول الثاني : أن الحاكم ينصب لهما أمينا. ولا يتأتى هنا الإجبار من الحاكم بإحضار ذلك إلى مجلسه لأن إحضاره غير ممكن فبطل هذا القول.
وهذا بناء منه على ما قاله من جعل الوضع عند الحاكم والوضع عند عدل على قولين. أما غيره فلم يفرق بين الوضع عند عدل وبين الوضع عند الحاكم ، ولم يفرق بين ما ينقل وبين ما لا ينقل.
ويمكن أن يقال للإمام الماوردى: إن إحضار ذلك إلى العدل أيضا غير ممكن إذا كانا أو أحدهما مما لا ينقل كالحاكم، فما هو وجه التفرقة؟ انظر: الحاوى ٣٠٩/٥.
هذا ، وقد بقي في المسألة ما لو باع نيابة عن غيره كوكيل وولى وناظر وقف وعامل قراض والحاكم في بيع أموال المفلس لم يجبر على التسليم ، بل لا يجوز له ذلك حتى يقبض الثمن، ولا يتأتى هنا إلا إجبارهما أو إجبار المشتري ، ولا يتأتى قول الإعراض عنهما ،لأن الحال لا يحتمل التأجيل.
ولو تبايع نائبان عن الغير لم يتأت إلا إجبارهما. انظر: أسنى المطالب ٨٩/٢ ، حاشية الرملى الكبير ٨٩/٢ ، مغنى المحتاج ٤٧٢/٢، حاشية الجمل ١٧٥/٣ ، نهاية المحتاج ١٠٣/٤ ، الغرر البهية ٧/٣-٨، حاشية الشربيني ٧/٣.

الخامسة(١): الزوائد الحادثة في يد البائع لا يجوز للبائع حبسها على استيفاء **الثمن عندنا**، (ولو) (٢) حبسها صار ضامنا لها(٣). **فأما** إذا (اشترى) (٤) حاملا فولدت في يد البائع. **فإن قلنا**: للحمل قسط من الثمن فله حبسه.
وإن قلنا: ليس له قسط من الثمن فلا يجوز له حبسه(٥).
وعند أبي حنيفة للبائع أن يحبس الزوائد الحادثة في يده من عين المبيع، مثل الولد والثمرة ، فأما الإكساب لا يجوز له حبسها. (٦) **إلا أنه يقول** في الزوائد إذا تلفت في يد البائع لا يسقط شيء من الثمن. (٧)
ودليلنا: (أن) (٨) ما لا يسقط الثمن (بفواته) (٩) لا يجوز حبسه على استيفاء الثمن كالكسب.

---

(١) أي المسألة الخامسة.
(٢) ما بين القوسين في ب " وإن " .
(٣) لأنه بذلك صار متعديا ، حيث إن الزوائد الحادثة بيد البائع تكون للمشتري، كثمرة ولبن وبيض وصوف وكسب العبد وغير ذلك ، وهذه الزوائد أمانة في يد البائع، لأن ضمان الأصل بطريق العقد، ولم يوجد العقد في الزوائد ، إلا إذا تعدى على هذه الزوائد ، كما إذا حبسها على استيفاء الثمن، فإنه يصير بذلك ضامنا لها.
انظر: المخطوط ورقة ٢/ب ، ٣/أ ، فتح العزيز ٢٨٧/٤-٢٨٨ ، روضة الطالبين ٤٩٩/٣ ، مغني المحتاج ٤٥٦/٢ ، أسنى المطالب ٧٩/٢ ، الغرر البهية ١٠/٣.
(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " اشتراها " .
(٥) انظر: المخطوط ورقة ٦/أ ، فتح العزيز ٣٠٠/٤ ، المجموع ٣٢٥/٩ ، روضة الطالبين ٥١١/٣.
(٦) انظر: المبسوط ١٨٦/١٣، بدائع الصنائع ٣٧٩/٥ وجاء فيه " زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الأصل أو غير متولدة، إلا الهبة والصدقة والكسب ".
ودلل الكاساني على ذلك: بأن المبيع ما يثبت فيه الحكم الأصلي للبيع ، والحكم الأصلي للبيع يثبت في الزوائد بالبيع السابق، فكانت مبيعة.
وبيان ذلك: أن الحكم الأصلي للبيع هو الملك، والزوائد مملوكة **بلا خلاف**.
والدليل على أنها مملوكة بالبيع السابق: أن البيع السابق أوجب الملك في الأصل، ومتى **ثبت الملك في** الأصل ثبت في التبع، فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافا إلى البيع **السابق**، فكانت الزيادة مبيعة، ولكن تبعا، لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعا.
وبناء على ذلك قال الكاساني: " إن للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن، كما له حق حبس الأصل عندنا". انظر : بدائع الصنائع ٣٧٩/٥.
(٧) **ولعل المراد من هذا النقل من المصنف عن الحنفية أنها إذا تلفت في يد البائع بآفة سماوية دون جناية منه . قال الكاساني : " ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالإجماع ، وإن كانت مبيعة عندنا ، لأنها مبيعة تبعا بمنزلة أطراف الأم لا مقصودا ، والأطراف كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد " بدائع الصنائع ٣٧٩/٥. أما إذا أتلفها البائع فإن حصتها تسقط من الثمن.**
قال الكاساني: " إن البائع إذا أتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا ، كما لو أتلف جزء من المبيع".بدائع الصنائع ٣٧٩/٥، وانظر أيضا: المبسوط ١٨٨/١٣.
(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بفوات".

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بفوات".